

ó LIBRERIA

DE JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS,

COMPRENSIVA DE LOS CODIGOS

CIVIL, CRIMINAL Y ADMINISTRATIVO,

TANTO EN LA PARTE TEORICA COMO EN LA PRACTICA,

CON ARREGLO EN UN TODO A LA LEGISLACION HOY VIGENTE

POR

EL ILUSTRISIMO SEÑOR

Don Florencio García Goyena,

Magistrado honorario del Supremo Tribunal de Justicia, Regente que ha sido de las Audiencias de Valencia y Burgos, Ministro de la de esta Corte, y antiguo Síndico consultor de las Córtes y Diputacion permanente de Navarra,

Y

Don Joaquin Aguirre,

DOCTOR Y CATEDRATICO EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID.



MADRID.

I. BOIX, EDITOR:

IMPRESOR Y LIBRERO, CALLE DE CARRETAS NUM. 8.

1842.

TITULO XLVII.

De la compra y venta.

SECCION I.

Definicion de la compra y venta; requisitos esenciales de este contrato y modos de celebrarse.

3253 La compra y venta es un *contrato bilateral en que por precio que da á uno, recibe otro alguna cosa.* Respecto del que da el precio y recibe la cosa se llama *compra*, y respecto del que da la cosa y recibe el precio *venta*, aunque con cualquiera de estas dos palabras se significa todo el contrato, puesto que no puede haber compra sin venta, ni al contrario.

3254 Para la validacion de este contrato se requieren el consentimiento de ambos contrayentes, cosa cierta de parte del vendedor, y precio fijo de la del comprador; por manera que si falta alguna de estas cosas, no habrá compra y venta.

|| Acerca del consentimiento en todos los contratos hemos hablado en los números 2644 y siguientes hasta el 2648: cuanto allí se ha dicho, tiene lugar en el contrato de compra y venta; debiéndose tambien tener presente en este lugar lo que dijimos en el número 737 con arreglo al artículo 10 de la Constitucion y la ley de 17 de julio de 1836. ||

3255 Todas las cosas del comercio humano, sean raices, muebles ó semovientes, derechos, acciones ó servidumbres, se pueden comprar y vender no habiendo prohibicion legal, como tambien las que no ecsisten, con tal que se espere que ecsistan, v. g., partos de vacas, yeguas y otros animales, frutos de tierra, viñas, árboles &c., pues verificándose su ecsistencia se perfecciona la venta, porque lleva la condicion tácita de *si llegan á nacer*, y de lo contrario no vale, si no es que el comprador reciba en sí el peligro. (Ley 11, tit. 5, Part. 5.)

3256 Las cosas que legalmente no pueden venderse son:

1.º Los créditos ilíquidos, ni los derechos, acciones ni otros bienes litigiosos, hasta que el juicio se concluya; y el que despues de emplazado y pendiente el pleito sobre su dominio ó propiedad los vende, cambia, ó enagena en otra manera, á mas de ser nula la venta ó enagenacion, incurre en varias penas; en las cuales incurren tambien el

emplazador, si los enagena despues del emplazamiento pretestando ser suyos, y el comprador sabiendo el engaño, no de otra suerte. (Ley 12, tit. 7, Part. 3.)

La prohibicion de que acabamos de hablar no tiene lugar cuando los créditos ilíquidos, derechos, acciones y otros bienes litigiosos se dan por título de dote ó arras, ni si pertenecen á muchos y éstos quieren partirlos y enagenarlos entre sí, en cuyo caso debe responder á la demanda el que los recibe; ni tampoco cuando se legan á uno en testamento ú otra última disposicion, teniendo entonces el heredero del testador obligacion de seguir el pleito y no el legatario, á quien solo competirá el derecho á la manda si el pleito se gana. (Ley 14, tit. 7, Part. 3.)

2.º Ninguno puede vender el derecho que espera tener á los bienes de sugeto determinado, nombrándolo, sino es que lo haga con licencia y voluntad de éste continuada hasta su muerte; y si los vende, á mas de ser nula la venta, queda privado de suceder en ellos. (Ley 13, tit. 5, Part. 5.)

Pueden sin embargo venderse todas las ganancias y derechos que se adquieran por razon de herencia, de cualquiera persona que sea, con tal que no se nombre ninguna. (Dicha ley 13.)

3.º Tampoco se puede vender lugar público, mármol, pilar, piedra ni otra cosa puesta en la casa para su seguridad. (Ley 16, tit. 5, Part. 5.)

4.º Ni las cosas que son de fideicomiso y mayorazgo; debiéndose tener presente en ellas lo dicho en el número 1830.

5.º Ni las que no son susceptibles de propiedad privada.

6.º Los bienes que corresponden á la iglesia, no pueden ser vendidos por sus prelados ni por los particulares. (Leyes 1, tit. 14, Part. 1; y 15, tit. 5, Part. 5.)

3257 El precio en la compra-venta debe ser fijo, bien de presente ó para dia y tiempo determinado; y si se prefijase tiempo ambíguo ó imposible, no habrá venta.

3258 Pueden los contrayentes dejar al arbitrio de la persona que nombren la valuacion del precio; y si del que diese á la cosa se sintiere alguno de ellos agraviado, se ha de reducir por el juez; y si fallece antes de hacer la valuacion, no vale la venta. (Ley 9, tit. 5, Part. 5.)

3259 Puede celebrarse la venta de una cosa *puramente* ó *con condicion*.

3260 Se celebra *puramente* cuando se dá de contado cosa cierta por precio determinado. (Leyes 9 y 10, tit. 5, Part, 5.)

3261 Celébrase la venta *con condicion* cuando á ella se añade algun pacto permitido por derecho. Los permitidos son los siguientes:

1.º Que si la cosa vendida se pierde ó empeora antes de su tradicion, toque el daño y deterioro al vendedor. (Leyes 38 y 39, tit. 5, Part. 5.)

2.º Que si está afecta á algun gravámen redimible por hipoteca especial entre otras cosas y por la general, los demas bienes del vendedor, y éste rebaja al comprador su capital, tenga obligacion de redimirlo dentro del término que le prefina, para que los demas bienes queden libres de la responsabilidad.

3.º Que quede hipotecada especialmente á cierto acreedor del mismo comprador, aunque sea posterior, para que se prefiera en ella á todos los anteriores; pues el vendedor puede perjudicar en el acto de la venta á los del comprador, y como cuando éste llega á poseerla ya está afecta con la obligacion é hipoteca especial, no tienen preferencia en ella los primeros, sino el último á quien se hipotecó.

4.º Constituyendo servidumbre en ella al tiempo que la vende. (Ley 11, tit. 31, Part. 3.)

5.º Pactando que el comprador no ha de estar obligado á satisfacer el precio de la finca fructífera hasta pasados tantos años, y que ínterin la entregue ha de pagar al vendedor ciertos intereses moderados.

6.º Que el dominio y riesgo de la finca pertenezcan al vendedor, hasta que el comprador le pague su valor, y que mientras no se lo pague perciba aquel los frutos que produzca. En todos estos casos se juzga celebrada la venta, no absoluta sino *condicionalmente*, y la comodidad debe tocar al que esperimente el riesgo.

SECCION II.

De la perfeccion y consumacion de la compra y venta, y de la escritura y arras en este contrato.

3262 Puede celebrarse la compra y venta en el lugar en que está la cosa ó en otro, estando presentes ó ausentes los contrayentes, y con escritura ó sin ella.

3263 Si pactan que ha de hacerse escritura, no se perfecciona la compra y venta, aunque se conformen en el precio, hasta que se otorga aquella: y así cualquiera de los dos puede arrepentirse, pues una cosa es la promesa de vender, y otra la perfeccion del contrato, el cual puede llamarse perfecto en cuatro casos.

1.º Cuando los contrayentes se convienen en el precio y cosa, y pactan que ninguno se ha de poder apartar ni arrepentir.

2.º Cuando espresan todo lo que tienen en su mente, ó intervienen todas las cosas que el contrato pide por forma y solemnidad.

3.º Con respecto à la accion y obligacion que produce, pues habiéndose hecho puramente nacen estas incontinenti, y si es condicional luego que se verifica la condicion, y no antes.

4.º En lo tocante al efecto y ejecucion del contrato y traslacion de dominio, que ecsije la tradicion de la cosa.

3264 Si nada pactan acerca de escritura, se tiene por celebrada la venta, sin embargo de que el comprador no dé señal al vendedor; y asi pueden ser compelidos, éste á cumplir el pacto ó promesa de vender, y aquel á pagar lo ajustado.

3265 Si el comprador da señal, que llaman *arra*, y despues se arrepiente, debe perderla, porque la arra corrobora la promesa; y si el vendedor se retracta, ha de volvérsela con otro tanto; pero si la da por parte de precio y no por pena, ninguno de ellos puede retractarse, ni ha de deshacerse la venta, no queriendo ambos. (Leyes 6, 7 y 8, tit. 5, Part. 5.)

3266 La consumacion del contrato de compra y venta depende de la

entrega de la cosa y del precio, ó de seguridad que de entregarlo dé el comprador al vendedor.

SECCION III.

Personas que pueden celebrar el contrato de compra-venta.

3267 El que no tiene prohibicion legal para hacer contratos, puede comprar y vender. (Ley 2, tit. 5, Part. 5)

3268 Tienen prohibicion legal para celebrar este contrato:

1.° Los hijos de familia que se hallan bajo la pátria potestad, los cuales solo pueden comprar y vender á sus padres, así como estos á ellos, los bienes castrenses y cuasi castrenses y á otras personas nada, sin licencia de sus padres. (Ley 17, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop.)

2.° Los administradores y tutores, respecto de los bienes de los menores; y si los compran pública ó privadamente, es nula la venta, y están obligados á restituirlos con el cuatro tanto. (Ley 7, tit. 12, libro 10, Nov. Recop.)

3.° Los estudiantes, si no interviene permiso del que los tiene en el estudio. (Ley 4, tit. 17, lib. 10, Nov. Recop.)

4.° Los jueces, respecto de aquellas cosas que se venden por su mandato en almoneda, siendo nula la venta si lo hicieren por sí ó por medio de otro; y de casa, heredad ni otra cosa raiz en el lugar en que ejerce jurisdiccion, aunque sí podrá vender las que tiene en él. (Ley 4, tit. 14, lib. 5, Nov. Recop; y tit. 5, Part. 5.)

5.° Los clérigos por via de negociacion, sea en su cabeza ó en la de otro. (Ley 46, tit. 6, Part. 1, y el Concil. de Trento, ses. 22, capítulo 1, *de reform.*)

6.° Los menores de 25 años sin el otorgamiento de su curador, si lo que venden es raiz ó mueble precioso que guardándolo puede conservarse, y sin preceder informacion de utilidad ò necesidad grave y licencia judicial. No interviniendo esta solemnidad ó al menos la aprobacion en la venta de bienes muebles, será nulo el contrato, y el menor podrá reivindicar la cosa vendida de cualquiera poseedor. (Leyes 59 y 60, tit. 18, Part. 3; 18, tit. 16, Part. 6; y 17, tit. 1, lib. 10, Novísima Recop.)

7.° Los sordo-mudos, pródigos, locos y fátuos, sin otorgamiento de su curador.

SECCION IV.

Obligaciones del vendedor.

3269 Inmediatamente que se ha perfeccionado el contrato de compra y venta, puede el comprador pedir la cosa comprada, y el vendedor tiene obligacion de entregársela siempre que aquel le haya dado el precio ó esté pronto á darlo.

3270 Si no se entregase la cosa, estará obligado el vendedor á prestar en su conservacion la culpa leve, por ser este contrato útil á ambos contrayentes.

3271 Puede obligarse el vendedor à restituir al comprador las mejoras útiles, precisas y voluntarias que hiciere en la cosa vendida, y la mayor estimacion que ésta tenga por razon del tiempo; y á todo quedará obligado.

3272 Llámanse *mejoras útiles* aquellas por las cuales se aumenta el valor de la cosa y renta: *necesarias ò precisas*, las que se hacen en ella para que se conserve, y no se arruine ni deteriore; y *voluntarias* las que le dan mayor adorno ó lucimiento, y con las cuales no se aumenta el valor de su renta ni propiedad. (Ley 10, tit. 33, Part. 7.)

3273 Como en la venta de una finca se incluyen todas las cosas accesorias, que son las que por ley, estatuto ó costumbre estan destinadas para que ecsistan unidas, teniendo alguna casa ó fundo, y contigua á ella otra casa ó fundo, que se conozcan con un mismo nombre lo principal y lo accesorio, y habitándolos, usándolos y disfrutándolos promiscua y accesoriamente su dueño, se comprenden en la venta simplemente hecha no solo la casa y fundos principales sino tambien los accesorios; y en este caso estará obligado el vendedor á entregarlo todo, pero no cuando las casas ó fundos tuviesen distintos nombres y se destinasen á distintos usos.

3274 Tambien está obligado el vendedor á entregar al comprador los pozos, canales, caños, acueductos y demas cosas que sirvan para el servicio de una casa vendida, así como los ladrillos, cantos, tejas y madera que estuvieren movidos y puestos en la misma casa y sean propios de ella; pero no los materiales que hubiese conducido allí el vendedor, comprados, prestados ó dados, aunque lo hiciese con ànimo de aplicarlos á la casa, no habiéndolos aun incorporado en la fábrica de ella. (Ley 28, tit. 5, Part. 5.)

3275 Del mismo modo se comprenderán en la venta y deberàn ser entregadas por el vendedor todas las cosas fijas en la cosa vendida, ó tan grandes que no se puedan mover; pero no los demas muebles no unidos y correspondientes á la casa, de los cuales puede disponer libremente. (Ley 29 de dicho tit. y Part.)

3276 Si en la casa ó heredad vendida hubiese fuente y alberca, será del vendedor el pescado que allí se hallare al tiempo de la venta, como tambien las aves y demas bestias criadas en ella. (Ley 30, tit. 5, Partida 5.)

3277 En la venta de olivar, campo ó huerta no se entiende el lagar ó molino de aceite que hubiere en ella, ni la bodega con tinajas para vino, salvo si espresamente se dijese ó fuese la cosa puesta con destino para recoger ó conservar el fruto de la casa ó heredad vendida. (Ley 31 de dicho tit. y Part.)

En la venta de viña ó parral que necesite palos para las vides, no se entienden comprendidos los que el vendedor tenga cortados ó comprados para poner en ella: pero sí los que hubiere ya puesto, y despues quitare para volverlos á colocar en otro año. (Dicha ley 31.)

|| Nos ha parecido conveniente insertar íntegra la doctrina de las leyes de Partida, para evitar las grandes disputas de los jurisconsultos en esta materia y poner á la vista lo que las mismas leyes entienden por accesorio en las ventas de casas y heredades, acerca de las cuales creemos que debe estarse á lo que literalmente disponen; debiendo ad-

vertir ademas, que en las ventas de cosas muebles y semovientes, convendrá que los contrayentes espresen su voluntad, que deberá servir de norma para distinguir lo principal de lo accesorio. ||

3278 Despues de entregada la cosa vendida, queda obligado el vendedor á su *eviccion* y *saneamiento*, que consisten en asegurar al comprador en la posesion pacífica de lo que adquiere, y de responder de sus defectos y cargas, que ignoraba al tiempo del contrato, en el cual, aunque sea mercantil, es la garantía de derecho natural. (Art. 380 y 381 del Código de Comercio.)

3279 Los efectos de la eviccion son, que si alguno moviere pleito ó pusiere obstáculo al comprador, ó á quien le represente, sobre la propiedad, posesion y goce de la cosa comprada, saldrán á su defensa el vendedor, sus herederos y sucesores, *siendo requeridos conforme á derecho*, y seguirán el pleito á sus espensas, hasta dejar al comprador y á los suyos en quieta y pacífica posesion de ella y en el seguro é íntegro goce de su producto.

3280 El saneamiento quiere decir, que no pudiendo conseguir lo referido, le darán cosa igual en bondad, cabida, valor, sitio, regalías y servidumbres, y en su defecto le volverán su importe, y todas las costas, gastos y perjuicios, con sus intereses, que se le originen con motivo del pleito, de modo que quede reintegrado enteramente como sino se le hubiese movido el pleito.

3281 Por la naturaleza del contrato de compra y venta, aunque no se esprese en él, debe el vendedor entregar al comprador, pudiendo, la cosa que le vende, número 3269, y el comprador puede compelerle à ello no habiéndose pactado lo contrario. (Leyes 32, 35 y 36, tit. 5, Part. 5.)

3282 Si despues de celebrada la venta se mueve algun pleito sobre su propiedad, posesion ó servidumbre, lo ha de hacer saber luego el comprador al vendedor ó vendedores (pues siendo muchos es menester citarlos á todos) ó al menos antes de la publicacion de probanzas, que esto quiere decir la espresion *siendo requeridos conforme á derecho*, para que tenga tiempo de hacerlas, y no quede indefenso.

3283 Si se requiere en tiempo y forma al vendedor para el saneamiento, debe hacerlo á su costa hasta dejar al comprador en la pacífica posesion y goce de la cosa comprada, ó restituirle el precio que le dió con las costas y daños que se le ocasionaron; y si en la escritura de venta se impuso pena del duplo, no solo deberá pagarle el precio doble, sino tambien la cosa doblada, aunque valga mas. (Ley 32, tit. 5, Part. 5.)

SECCION V.

De los casos en que el vendedor no estará obligado á la eviccion y saneamiento.

3284 Aunque el vendedor está obligado á sanear la cosa al comprador, ó restituir el precio con los daños y perjuicios, no lo estará en los casos siguientes:

1.º Si en el pleito se hiciere publicacion de probanzas antes que el comprador lo haga saber al vendedor.

2.º Si puesta la cosa en juicio de árbitros sin noticia y mandato del vendedor, dieren sentencia contra él.

3.º Si se pierde la posesion de ella por culpa del comprador.

4.º Si la perdiese dejándola como desamparada.

5.º Si la pierde por su rebeldía, no pareciendo al tiempo de dar la sentencia contra él.

6.º Cuando demandada en juicio, y pudiendo defenderla con la escepcion del tiempo legal para prescribirla, deja de proponerla.

7.º No apelando de la sentencia dada, sin estar presente el vendedor.

8.º Si contra el comprador se diere sentencia injusta sobre la cosa comprada; en cuyo caso el juez que la dió á sabiendas debe sanearla y pagar de sus bienes, y no el vendedor, obligado solo á defenderla en derecho. (Ley 36, tit. 5., Part. 5.)

9.º Cuando se vende á uno todo el derecho á los bienes del que le instituye heredero, y se quita al comprador en juicio alguna cosa determinada de ellos; pero si se los quitan todos ó la mayor parte, deberá sanearlos. (Ley 34, tit. 5, Part. 5.)

10.º Cuando se pactó espresamente en la escritura de venta que el vendedor no habia de estar obligado á la eviccion.

3285 Para que el comprador pueda intentar la accion de eviccion, no basta que sea condenado á la restitucion de la cosa, sino que realmente la entregue, y se ejecute en ella la sentencia; escepto que el vendedor hubiese sabido que era agena, pues entonces en cualquiera tiempo podrá hacer uso de dicha accion.

3286 Puede igualmente el vendedor ceder al comprador la accion de eviccion que tiene contra el que le vendió antes la cosa, y entonces podrá el comprador repetir contra sus bienes del mismo modo que el vendedor podria hacerlo; pero si no se lo cede, lo tendrá únicamente contra este y sus herederos.

3287 El vendedor de mala fé no solo está obligado á la eviccion, aunque se pacte en la escritura lo contrario, sino que tambien debe por su dolo restituir el precio con los intereses, costas y daños.

SECCION VI.

Acciones que competen al comprador contra el vendedor cuando tiene algun vicio la cosa vendida.

3288 Cuando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad, ya sean raices, como heredad ó campo que cria malas yerbas, casa ú otro edificio que debe servidumbre ó tributo, ya muebles, como mercaderías ó libros, ya semovientes, como caballos, mulas y otros semejantes, debe el vendedor manifestarlo al comprador; y si se lo oculta, puede éste intentar contra él dos acciones.

La primera, que se llama *redhibitoria*, por la cual se pide que se rescinda el contrato llevando cada uno lo que dió al otro. Esta accion puede proponerse dentro de seis meses, contados desde la celebracion de la venta.

La segunda, á que se dà el nombre de *cuanto menos* (*quanti minoris*) ó *estimatoria*, puede proponerse hasta cumplir un año despues de la venta, y tiene por objeto, que el vendedor devuelva al comprador el menor valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio que le ocultó. (Leyes 63, 64 y 65, tit. 5, Part. 5.)

3289 Si hubo mala fé de parte del vendedor, estará obligado à resarcir al comprador de los daños y perjuicios que se le hubiesen ocasionado.

3290 No podrá el comprador proponer dichas acciones en los casos siguientes:

1.º Cuando el defecto, tacha ó vicio de la cosa vendida estén á la vista.

2.º Si el vendedor manifestó que las tenia.

3.º Si se obligó à no intentarlas, y se espresó así en la cláusula de la escritura de venta, que pondremos en su seccion respectiva.

3291 No solo pueden intentarse estas acciones en las cosas vendidas, sino tambien en las permutadas, y en las que se dan en pago, y asimismo en dote con estimacion que causa venta: lo cual se entiende sin perjuicio de la del engaño ó lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, pues aunque en el efecto vienen à ser lo mismo, las causas son diversas, porque la del engaño ó lesion es por lo injusto del precio, y las acciones redhibitoria y estimatoria por el menor valor que tiene la cosa vendida, á causa de la tacha, vicio ó defecto.

SECCION VII.

Obligaciones del comprador.

3292 Así como el vendedor está obligado à entregar la cosa vendida, del mismo modo la primera obligacion del comprador es entregar el precio, sin cuyo requisito no se le trasfiere su dominio, á no ser que dé fiador ó prenda equivalente, ó se obligue á entregarlo dentro de cierto término, y el vendedor haga confianza de que se lo entregará. (Ley 46, tit. 28, Part. 3.)

3293 El comprador está obligado á prestar la culpa leve en este contrato, por la misma razon que hemos dicho lo estaba el vendedor al tratar de sus obligaciones en la seccion IV, número 3270.

3294 Si la venta se hizo con alguno de los pactos permitidos, y de que hablaremos despues, y la cosa vendida se deteriora por culpa del comprador mientras la posee, deberá éste reintegrar al vendedor su decremento. (Ley 38, tit. 5, Part. 5.)

SECCION VIII.

A quién corresponde el provecho ó daño de la cosa vendida.

3295 Aunque en la venta pura é irrevocable no se haga tradicion, ni pase á poder del comprador la cosa vendida, es de su cuenta, y no del que se la vende, el provecho ó daño que acaezca en ella despues de convenidos en el precio, dado caso que no se haya de otorgar escritura;

pues pactándose que se ha de hacer, toca al vendedor hasta que se formaliza, por no estar perfecto entre tanto el contrato y poderse arrepentir cualquiera de los dos.

3296 Por lo dicho en el número anterior se infiere, que si el tiempo dá mas valor á la cosa vendida, ó se aumenta por aluvion, ó por el contrario se deteriora, pierde ó quema sin culpa del vendedor, toca al comprador su incremento ó decremento, pues quien está á la utilidad debe estar á la pérdida, (ley 23, tit. 5, Part. 5), y la tradicion es para la traslacion del dominio, no para la perfeccion del contrato, escepto que se pacte.

3297 Si se pone condicion en la venta, y la cosa se mejora ó empeora antes que aquella se cumpla, pertenece tambien su aumento ó menoscabo al comprador; pero si todo se pierde ó destruye, corresponde al vendedor, sin embargo de que se cumpla despues la condicion: y si antes de cumplirse muere el comprador ó vendedor, ó ambos, vale la venta, y verificada que sea la condicion, deben pasar por esta y observarla sus herederos. (Ley 26, tit. 5, Part. 5.)

3298 Si se vende algun prédio contíguo al rio con el pacto de retrovendendo, y por aluvion se mejora ó deteriora, dúdase à quién pertenecerá su aumento ó disminucion, y qué deberá restituir el comprador.

Algunos autores dicen que pertenece al comprador, porque la venta está perfecta, se le trasfiere su dominio, y el álveo que le agrega el rio, como cosa accesoria, la hace suya, por cuya razon cumplirá con restituir el prédio, segun se lo vendió, cuando el vendedor le devuelva el precio.

Otros autores opinan que el aumento de la cosa toca al vendedor, porque el dominio que adquiere el comprador es revocable y temporal, no simple, perfecto, ni perpétuo, y con el mismo título y cualidad con que posee el prédio posee la porcion unida como si fuese nueva. Ademas, el vendedor cuando enagena el prédio, lo deja comprado en virtud del pacto para cuando devuelva su precio; por lo cual no hay nueva venta, ni de consiguiente se paga alcabala, sino una disolucion de la primera que la causó; y por lo mismo debe el vendedor recibir la cosa con el aumento ó deterioro que tenga, mayormente cuando al comprador no se le causa perjuicio, ni este debe ignorar lo que el rio puede hacer.

La segunda opinion parece la mas profunda: mas para evitar en estos casos dudas y pleitos, convendrá que el escribano prevenga á los contrayentes, que pacten lo que se ha de practicar.

3299 Consistiendo en número, peso y medida lo que se vende, ó siendo de lo que los hombres acostumbran probar ó gustar antes de comprarlo, si el comprador lo gusta, pesa ó mide, le toca igualmente el aumento ó pérdida posterior: mas no el anterior, si no es que para gustarlo, contarlo, pesarlo ó medirlo, prefinan dia, no vaya en él el comprador, y despues se empeore, pues en este caso será de su cuenta.

3300 Si lo que se compra es por mayor, que llaman *á vista* ó *á ojo* será el peligro de cuenta del comprador despues de convenidos en el precio. (Leyes 24 y 25, tit. 5, Part. 5.)

3301 Si hecho ya el ajuste, tarda el vendedor en entregar la cosa

al comprador, y delante de testigos le ofrece este su valor, pertenece á aquel el peligro; pero si se la entrega despues sin deterioro, y el comprador es moroso en recibirla, le toca á él y no al vendedor. (Ley 27, tit. 5, Part. 5.)

3302 Despues de entregar al comprador la finca, le corresponden sus utilidades y frutos, mediante á que por la tradicion se hace señor de ella, y á que las cosas fructifican ó perecen para su dueño; lo cual se entiende aunque no haya pagado su precio, siempre que hubiese dado fianza ó hipoteca para su seguridad, ó el vendedor se la hubiere fiado.

3303 Tambien pertecen al comprador los frutos pendientes en la finca al tiempo de su venta pura y antes de su tradicion, esten ò no maduros, porque son parte de ella y se entienden comprendidos en el precio por que aquella se celebra, si no se pacta lo contrario.

3304 Pero siendo hecha con pacto de retrovendendo, y estando pendientes al tiempo de la redencion, se duda á quién corresponden. Unos dicen que al que redime, con tal que pague los gastos al comprador; y otros, que se han de proratear entre ambos, deducidos aquellos; cuya opinion es mas equitativa, aunque la primera es mas conforme á derecho: bien que esto ha de entenderse cuando la retroventa se ha de hacer por el mismo precio que la venta, no si el pacto es solamente de que el comprador ha de retrovender, pues entonces se entiende por el precio justo, y se estiman los frutos: tambien ha de entenderse cuando en cualquier tiempo pueda hacerse la retroventa, y no si al tiempo de la venta hay frutos pendientes, y se pacta retrovender por el propio precio y en dia cierto.

3305 En cuanto á si pertenecen igualmente al comprador los frutos que produce la finca despues de perfecto el contrato y antes de su entrega, hay dos sentencias. Segun la una corresponden tales frutos al comprador aunque no haya dado seguridad ni hipoteca, y aunque el vendedor no se la hubiese fiado; escepto que los contrayentes pacten otra cosa, porque quien está al daño, debe estar á la utilidad, y mediante á que si la cosa perece sin culpa ni mora del vendedor debe perecer para el comprador, y este ha de pagar su precio, deben ser suyos tambien los frutos que produzca antes de su tradicion.

Segun la otra sentencia pertenecen al vendedor, porque las cosas, como se ha dicho, fructifican para su dueño, y este lo es hasta que la entrega y se le paga su precio ó dá seguridad de pagarlo, ó la entrega fiada al comprador hasta cierto tiempo. Ademas, entre los contrayentes debe haber igualdad, y ninguno tiene obligacion de cumplir por su parte, si no cumple el otro; en cuya atencion, si el comprador no satisface el precio trasfiriendo en el vendedor la comodidad, usufructo y dominio del dinero, éste como dueño debe percibir dichos frutos.

«Sobre esta controversía véase à Covarrubias, lib. 2., *Var.* cap. 5, y para evitar dudas aconseje el escribano á los contrayentes que se espliquen con claridad acerca de tales frutos.» (Nota del reformador de Febrero.)

SECCION IX.

Modos de rescindirse el contrato perfecto de compra y venta.

3306 Seis son los modos de rescindirse el contrato de compra-venta, á saber: por mútuo consentimiento de las partes, por dolo de una de ellas, por lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, por el pacto de retrovendendo, por el de la ley comisoria, y por el de adicion ó señalamiento del dia (*aditione in diem.*)

|| Nos ocuparémos en esta seccion del tercero, por no necesitar esplicacion los dos primeros; y en las tres siguientes, de cada uno de los pactos. ||

3307 Si despues de celebrada la venta, aunque sea en pública subasta, alega alguno de los contrayentes, que fué engañado en algo mas ó menos de la mitad del justo precio, v. g., que lo que justamente valia diez se habia vendido por mas de quince, ó comprado por menos de cinco, y justifica la lesion ó engaño que hubo, entonces puede usar de la alternativa de que se le vuelva el esceso del precio justo que la cosa tenia cuando la venta ó se le dé lo que falta hasta este, ó de que se rescinda y anule el contrato, llevando cada uno lo que dió al otro, sin que el comprador tenga que volver los frutos, ya porque la ley no habla de estos, ya porque aquel tiene justo título y buena fé para retenerlos, ya porque no cae en mora mientras el vendedor no pide la rescision, y ya porque es cosa inícua que este tenga el precio, y luego perciba los frutos.

3308 Esto debe entenderse no habiéndose perdido ó deteriorado mucho la cosa vendida, pues de lo contrario no se puede intentar dicha accion. (Leyes 56, tit. 5, Part. 5; y 2 tit. 1, lib. 10, Nov. Recop.)

3309 Para que se admita la demanda al mayor de veinte y cinco años, debe ponerla dentro de los cuatro primeros siguientes al dia en que se celebró el contrato, ó al de su remate si la cosa se vendió en almoneda pública, y no despues. (Dicha ley 2.)

3310 Si el engaño no escede de la mitad del justo precio, ni hay dolo ni mala fé en el contrato, no tiene lugar el remedio de la lesion. (Ley 3. tít. 1, lib. 10, Nov. Recop.)

3311 Tampoco tiene lugar este remedio, aunque haya engaño en algo mas ó menos de la mitad del justo precio, cuando la cosa se vende en almoneda contra la voluntad de su dueño, y el comprador es apremiado á comprarla. (Ley 2, tit. 1, lib. Nov. Recop.)

3312 A los peritos que ajustan obras se les niega este remedio aunque sufran la lesion, porque debiendo ellos tener inteligencia de lo que hacen, deben imputarse á sí mismos el engaño. (Ley 4, tit. 1, libro 10, Nov. Recop.)

3313 Si alguno de los contrayentes es pupilo, no vale el contrato aunque sea jurado; pero si es menor de 25 años, y jura no pedir restitucion por su menor edad, lesion ni otro motivo, aunque se le conceda por derecho, no se rescindirá el contrato, y estarà obligado à observarlo. (Ley 36, tit. 5, Part. 5.)

3314 Pero cuando preceda la relajacion ó relevacion del juramento

para comparecer en juicio sin ser perjuro, podrà intentar la accion dentro de los cuatro años siguientes á los 25 de su edad, probando no solo que era menor de ellos cuando celebró el contrato, sino tambien que fué leso en él.

SECCION X.

Del pacto de retrovendendo.

3315 Siendo permitido en los contratos poner las condiciones lícitas y honestas que quieran los contrayentes, pueden estos valerse del pacto de *retrovendendo*, cuyo objeto es, que el vendedor recobre la cosa vendida en virtud de la reserva que hizo al tiempo del contrato.

La cláusula debe ordenarse de este modo: «cuya casa le vendo por tantos mil reales, con la precisa condicion de que para tal dia de tal mes y año, ha de restituírmela á mí ó à mis herederos en la propia forma que se la vendo, sin el mas leve decremento ni deterioro, entregándole el precio que acabo de recibir (*ó el que he recibido antes de ahora*), y de consiguiente que con ningun pretesto la ha de poder enagenar hasta que pase el tiempo prefinido, pues si lo hiciere ha de ser nulo como hecho contra este pacto, á cuya observancia la hipoteco especialmente, y no ha de pasar ningun derecho al comprador ni á otro cualquiera poseedor de cualquiera clase que sea; y para que me la restituya he de requerirle judicialmente, y darle todo su importe, ó el que menos tenga, ó depositarlo por su cuenta y riesgo en caso de reusar su percibo: mas si en el citado término no se lo devolviese enteramente, pues no he de cumplir con entregar parte de él, tendrá facultad para disponer y usar de ella á su arbitrio como legítimo y verdadero dueño á favor de quien quisiere, sin que necesite citarme á mí ni á mis herederos, ni practicar otra diligencia judicial ni estrajudicial; y para justificar el mas ó menos valor que tuviere, hemos de elegir unánimes dos peritos que la valúen, prohibiéndole como le prohibo, que haga mejoras ó aumentos en ella, pues no se le han de abonar, ni tampoco los reparos precisos para su conservacion, porque todos quedan de su cargo, mediante á que se ha de utilizar de sus frutos y alquileres sin la menor responsabilidad.»

Estando ordenada en estos términos la cláusula, es lícito el contrato, y el comprador puede usar de la cosa comprada, y disfrutarla, mas no enagenarla, hasta que espire el tiempo prescrito; bien que el vendedor podrà darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y con la accion de reivindicarla en su fuerza y vigor; pero de cualquiera suerte que se pacte, conviene que el comprador se obligue á observar el contrato, y que en su defecto pueda ser apremiado á ello, aunque por el mismo hecho de admitirlo es visto quedar obligado.

3316 Así como toda accion trasmisible se puede ceder, puede hacerse lo mismo con la que se tiene para redimir la finca al tiempo estipulado; pero si en la venta con el pacto de retrovendendo se estipula que solo el vendedor pueda redimirla, y no ceder ni vender á otro este derecho, ó que el comprador ha de ser preferido, deberá observarse el pacto.

3317 Prohibiéndose al vendedor que redima la finca hasta el tiempo convenido, si se pacta que aunque lo practique ha de percibir sus frutos el comprador hasta que espire el referido término, es pacto usurario, y como tal reprobado.

3318 En cuanto al término que se ha de prefinir para la restitucion de la cosa vendida con dicho pacto, discuerdan los autores. Segun la ley 63 de Toro, parece ha de ser el de veinte años, pues manda que la accion personal prescriba por este tiempo; pero la ley 42, tit. 5, Partida 5, nada habla sobre el término, y con arreglo á ella, si no se prefine, jamás prescribirá, de suerte que siempre que el vendedor ó sus herederos quieran recobrar la cosa vendida podrán hacerlo, y el comprador ó los suyos ser compelidos á entregársela. Hé aquí las primeras palabras de la ley. *Por cierto precio vendiendo un ome á otro alguna cosa, poniendo tal pleito* (pacto) *entre sí en la vendida, que cuando quier que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador ó á los suyos, que fuesen tenudos de tornarle aquella cosa que assi vendiesse, decimos, que si tal pleito fuere puesto en la vendida, que debe ser guardado.*

Para que no se originen dudas y litigios, aconseje el escribano á los contrayentes que señalen término.

3319 Por este contrato no se debe mas alcabala que la que se devenga con la venta, à causa de que el retrovender es deshacer ésta; si bien esto se entiende haciéndose el pacto incontinenti, pues habiendo habido intervalo despues de perfeccionado el contrato, seràn dos ventas, y por consiguiente se deberàn dos alcabalas.

SECCION XI.

Del pacto de la ley comisoria.

3320 Por el pacto de la *ley comisoria* prefijan ambos contrayentes un término, dentro del cual ha de pagar el comprador el precio; y no haciéndolo se deshace el contrato, y vuelve la cosa vendida á poder del vendedor.

3321 Para evitar disputas, debe este pacto ordenarse en esta forma: «cuya casa ó heredad le vendo por tantos mil reales, con la condicion de que para tal dia de tal mes y año me los ha de satisfacer enteramente y poner en una sola partida en mi casa y poder, en moneda usual y corriente de plata ú oro; y pasado dicho término sin hacerse su total solucion, queda por el mismo hecho como desde ahora la tengo anulada esta venta, y ha de ser visto no habérsele trasferido el dominio de dicha casa ó heredad, ni haberse celebrado este contrato, sin que yo pueda ser compelido á restituir ni aun en parte *tanto* que me entrega en señal, y si intentare que se lo devuelva, no ha de ser oido en tribunal alguno, sino antes bien repelido y condenado en costas.»

Este pacto es lícito y válido, y ha de observarse en un todo, aunque puede el vendedor elegir uno de dos medios, que son, ó pedir todo el precio y que entonces subsista el contrato, ó no querer que este valga, y retener las arras; mas no puede arrepentirse hecha ya la eleccion, ni ha lugar este pacto contra su voluntad. (Ley 38, tit. 5, Part. 5.)

3322 Si el comprador percibió algunos frutos de la cosa vendida con el espresado pacto, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole este la señal ó parte de precio que recibió, no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las espensas hechas en sus labores y recoleccion.

3323 Si la cosa se deteriora por culpa del comprador mientras la posee, está obligado à reintegrar al vendedor su decremento. (Dicha ley 38.)

SECCION XII.

Del pacto de adicion ó señalamiento de dia.

3324 Este pacto tiene por objeto deshacer la venta en el caso de que hasta cierto tiempo se encuentre otro que ofrezca mas por la cosa vendida.

3325 La clàusula de este pacto se estiende de esta manera: «otorga: que vende á Pedro Fernandez tal casa, sita en tal parte, por tantos mil reales que le entrega en este acto, en tales monedas, (se pondrá la fé de *entrega*) con la condicion de que si dentro de tres meses, *por ejemplo*, que cumplirán en tantos de tal mes de este año, pareciere otro comprador que le dé á él ó á su heredero mas por ella, ha de tenerse por el mismo hecho como desde ahora se tiene por nula y rescindida esta venta, conservándose en un todo su derecho para apoderarse de la citada casa, venderla al que mas le diere, y compeler al actual comprador, y por su fallecimiento à sus herederos ó al que la posea, á que se la restituya en la propia forma en que ahora está, entregándoles el precio que acaba de recibir y el de las mejoras útiles que tenga, no el de las precisas para su conservacion, ni otra cosa alguna, ó depositándolo judicialmente, y requiriéndoles que acudan á su percibo, si no la quieren por el tanto; y teniendo deterioro, se ha de descontar su importe, estando y pasando en uno y otro caso por la valuacion que hagan peritos elegidos unánimemente. Y para que no se trasfiera su dominio á tercero poseedor, les prohibe gravarla y enagenarla durante el tiempo prefinido, y la hipoteca especialmente à la observancia de este pacto; pero si pasare dicho término sin haberle hecho saber oferta de nuevo comprador, ha de tener la facultad el actual, como por esta escritura se le da, de disponer de ella á su arbitrio como verdadero dueño, sin necesitar licencia del otorgante, ni otro requisito judicial ni estrajudicial.»

En virtud de este pacto y del de la ley comisoria se trasfiere el dominio en el comprador, pasado que sea el tiempo prefinido, sin que sea necesaria nueva tradicion de la cosa; y lo mismo procede en el vendedor en sus respectivos casos: siendo de notar, que deshaciéndose el contrato de venta celebrado con alguno de dichos dos pactos, no se debe alcabala, escepto que medie intervalo.

3326 Este pacto está permitido y será válido concurriendo las circunstancias siguientes:

1.ª Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado.

2.ª Que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el ma-

yor precio que el segundo le ofrece por la cosa, y le requiera si la quiere por el tanto, pues es preferido.

3.ª Que el mayor precio ofrecido sea por la cosa considerada segun se vendió, sin mejoras ni aumentos.

La razon de todo esto es, porque si el nuevo comprador es fingido, como hijo, hermano ú otro semejante, que por su consejo ofrece dolosamente mas precio; ó falta el requerimiento al primer comprador; ó el mayor precio que el segundo promete, aunque sea verdadero, es por algun aumento, agregacion ó beneficio que tiene la cosa, no se rescindirà el contrato.

3327 Una vez que el vendedor elija al comprador segundo, no puede compeler despues al primero á que pase por la venta. (Ley 40, tit. 5, Part. 5.)

SECCION XIII.

Cláusulas que suelen ponerse en las escrituras de venta

3328 Ademas de las cláusulas que se ponen en las escrituras de venta cuando este contrato se celebra con uno de los pactos de que hemos hablado en las tres secciones anteriores, pueden contener las siguientes, siendo la escritura de venta llana de bienes raices ó muebles.

3329 La primera es que se diga quién vende, á quién, la naturaleza del vendedor y comprador, qué cosa se vende, si es mueble ó raiz, si està libre ó tiene gravámen, y en qué sitio ó paraje está; si es tierra, qué cabida tiene, si la fanega compone cuatrocientos estadales de á diez pies en cuadro de marco real, ó mas; si es viña ú olivar, cuántas cepas ú olivos tiene, y cuántos cabe; si es casa, de qué clase de fábrica está hecha, cuál es su fachada y fondo, y de cuántos pies cuadrados ó superficiales se compone su àrea plana: habiendo de especificarse de todo, el sitio, término, linderos, servidumbres, gravámenes y lo demas que conduzca: si es cosa que se cuenta, mide ó pesa, su especie, número, peso ò medida. Si se venden mercaderías, se han de especificar por menor los géneros, piezas, libras, arrobas y precio respectivo, de modo que se entienda qué es lo que se vende y el precio que se da por ello; debiendo poner gran cuidado en esto el escribano, porque de lo contrario, aunque no se anule el instrumento, se presume fraude, y se le puede imponer pena arbitraria por no cumplir con lo que manda la ley, à mas de satisfacer el perjuicio que se haya ocasionado à alguno de los contrayentes. (Ley 2, tit. 12, lib. 10, Novísima Recop.)

3330 Pero si se vende alguna partida sin respecto à peso, número medida, que llaman *á ojo*, no es necesaria la individualídad, ni habrà riesgo en el contrato, pues por el mismo hecho es visto haberlas pesado, medido y contado ambos contrayentes, los cuales deben hacerse recíproca donacion y remision del esceso y lesion que haya, y obligarse à no reclamar el contrato por esta razon, recibiendo en sí el peligro y perjuicio que se les pueda causar por dicho defecto; y de esta suerte es igual el convenio.

3331 La segunda cláusula es, que el vendedor declare que no tiene vendida ni enagenada la tal cosa, ni parte de su uso ni propiedad (ley 56, tit. 18, Part. 3), para que si se verifica lo contrario, incurra por el es-

telionato en la pena de volver al segundo comprador el precio con todos los daños y perjuicios, si el primero tomó posesion de ella y se la pagó antes (ley 50, tit. 5, Part. 5), como asimismo que se esprese el precio total en que la vende, plazo que se prefine para su pago, si la da al fiado, y con qué pactos y condiciones.

3332 Si el comprador entrega el precio al tiempo de la celebracion de la venta, dará fé de ello el escribano, y especificarà las monedas en que lo satisface; y si no lo paga entonces por tenerlo ya recibido el vendedor, lo confesarà éste así, y otorgarà carta de pago à favor de aquel, con las clàusulas y renuncias que espresa la ley 9, tit. 1, Partida 5; pero si nada satisface entonces, ó solamente parte, se constituirà en la obligacion de pagar el todo ó el resto cuando se estipule, hipotecando à su responsabilidad la misma cosa, y pactando espresamente que ínterin no se le satisfaga íntegro, no se le ha de trasferir su dominio, para que el vendedor sea preferido en ella por su importe á otro cualquiera acreedor del comprador, como en virtud de este pacto lo serà à todos, aunque sean anteriores, del propio modo que si la hubiera comprado con dinero prestado para este fin, lo que no sucederà si falta este tan esencial requisito y cautela. (Leyes 9, título 5; y 30, tit. 13, Part. 5.)

3333 La tercera clàusula es, que el vendedor declare que el precio en que efectúa la venta es el justo y verdadero valor de la cosa, y que por lo mismo no hay lesion ni engaño; y en caso de que valga mas, á fin de que no le quede accion para repetir el esceso, haga de él al comprador donacion perfecta é irrevocable, y renuncie como puede hacerlo la ley 2, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop. que dice: «Si el vendedor ó comprador de la cosa dijere, que fué engañado en mas de la mitad del justo precio, asi como si el vendedor dijere que lo que valió diez vendió por menos de cinco maravedís, ó el comprador dijere que lo que valió diez dió por ello mas de quince, mandamos que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valía la cosa al tiempo que fué comprada, ó de la dejar al vendedor, tornándole el precio que rescibió, y el vendedor debe tornar al comprador lo demas del derecho precio que le lleve, ó de tomar la cosa que vendió, y tornar el precio que rescibió, y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios, y en los otros contratos semejables; y que haya lugar esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneda, del dia en que fueron fechos fasta en cuatro años, y no despues.»

3334 Si el vendedor es leso y no renuncia esta ley, puede pedir rescision del contrato ó el suplemento de su justo valor dentro de los cuatro años que prefine.

3335 Lo propio ha de practicar el comprador á favor del vendedor por la misma razon, confesando no valer menos la cosa, y en caso de tener menos valor, haciendo donacion del que sea al vendedor; por lo que aceptará la venta, aunque la cosa no tenga cargas: bien que por defecto de este requisito no se anulará el contrato.

3336 La cuarta clàusula es, que el vendedor se desprenda de todo derecho que tenga en la cosa que vende, cediéndolo con cuantas acciones le competen, al comprador y sus herederos y sucesores.

3337 La quinta clàusula es la *de constituto*, que consiste en *dar el*

vendedor al comprador poder irrevocable, con libre, franca y general administracion, para que tome judicial ó estrajudicialmente la tenencia ó posesion real de la cosa, y en el ínterin que la toma constituirse el mismo vendedor por su inquilino y tenedor ó poseedor precario de ella en forma legal; que quiere decir, que poseerá y gozarà de la cosa, no como dueño, sino durante la voluntad del comprador, en virtud de súplica que le hace para que se lo permita.

|| El reformador de Febrero dice que debe desterrarse de nuestras escrituras, ya porque otras clàusulas ó espresiones de estas la hacen supérflua, y ya porque como se pone sin noticia de los interesados y solo por estilo de los escribanos, quienes en general no la entienden, nada debe influir en los contratos, lo cual es otro motivo de su inutilidad. Por las mismas razones deben desaparecer otras espresiones redundantes, desaliñadas y oscuras para los que no son jurisperitos. Lo que afirma el reformador de Febrero de la clàusula *de constituto*, puede decirse de casi todas las que se usan en las escrituras; y nosotros, fundados en las juiciosas reflecsiones del Sr. Ortiz de Zúñiga en su Biblioteca de Escribanos, las hubiéramos omitido, à no ser muchas fundadas en las leyes, consagradas por la práctica, y necesarias para la inteligencia de las escrituras estendidas con arreglo à las mismas. ||

3338 La sesta clàusula es, que el vendedor se obligue à la eviccion y saneamiento de lo que vende. Su estension debe hacerse con arreglo á lo que dejamos dicho en los números 3278 y siguientes.

No debe el escribano poner por sí en la clàusula de que tratamos «que el vendedor ó quien le represente saldrá á la defensa del pleito, aunque se le haga saber despues de hecha la publicacion de probanzas» como algunos lo hacen por ignorancia, persuadidos tal vez de que así se da mayor firmeza al contrato, pues no vale lo referido, por ser contrario à la ley 32, tit. 5, Part. 5. Pero esto no tiene lugar si el vendedor, enterado de los efectos de la cláusula, manda ponerla, renuncia espresamente la ley inserta, como puede hacerlo por ser establecida en su favor, y se obliga al saneamiento de lo que vende para todo tiempo, sea ó no requerido, tenga ò no noticia del pleito.

3339 La sétima clàusula que debe contener la escritura de venta llana, es la *guarentigia*, por la cual el vendedor *confiere ámplio poder á los señores jueces de S. M. que deben conocer de este negocio conforme á derecho, para que le apremien á su cumplimiento como por sentencia definitiva de juez competente, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida.*

|| Lo que hemos dicho acerca de la cláusula de constituto puede aplicarse con mayor razon á la guarentigia, que no solo es inútil, sino irritante. (Véase sobre este punto al Sr. Ortiz de Zúñiga en su citada obra tomo 1.º, seccion 2.ª, cap. 5, pàg. 131 y 132.)

3340 La octava y última cláusula que no pueden ni deben omitir los escribanos en toda escritura de venta, es hacer en el instrumento la advertencia de que se ha de tomar razon en el oficio de hipotecas de la cabeza de partido, dentro del preciso término de diez dias si en el mismo pueblo hubiere oficio de hipotecas, y de treinta si no lo hubiere, sin cuyo requisito, al que ha de preceder el pago del derecho señalado en el Real decreto de 31 de diciembre de 1829, no tendrá valor ni efecto.

SECCION XIV.

De la alcabala y medio por ciento de hipoteca.

3341 *Alcabala* es voz àrabe, compuesta de *cabala ó cabele*, que significa recibir, cobrar ó entregar, antepuesto el artículo *al*. Se define: *Derecho que tiene la hacienda pública sobre todo lo que se vende, para ecsigir del vendedor un cuatro por ciento de la cantidad que importa la cosa vendida.*

3342 De la definicion se infiere que la alcabala debe pagarla el vendedor, y que á éste deberá pedirse, por ser una carga afecta á los bienes que se venden. Podrà sin embargo pactarse que la pague el comprador ó ambos contrayentes.

3343 Consumado el contrato de compra y venta, debe pagarse la alcabala aunque los contrayentes lo deshagan, y tiene lugar tantas veces cuantas se enagenen las cosas sujetas á su pago. (Ley 12, tit. 12, libro 10, Nov. Recop.)

3344 No solo se debe pagar la alcabala en los contratos de compraventa, sino en toda enagenacion, en las adjudicaciones de fincas y otros efectos hechas en pago de deudas, ya sean forzosas ya voluntarias, y cubran ó no los bienes adjudicados al total de aquellas. (Reales órdenes de 24 de diciembre de 1832, y 15 de junio de 1835.)

En los números 3319 y 3325 hemos indicado la alcabala que debe pagarse en las ventas celebradas con los pactos de retrovendendo, ley comisoria y de adiccion ó señalamiento de dia.

3345 No se paga la alcabala de las ventas de caballos, yeguas y potros españoles, sea cual fuere el pueblo donde se efectúen. (Real decreto de 17 de febrero de 1834, y Real órden de 27 de julio de 1836.)

3346 Debe pagarse la alcabala de las ventas de bienes nacionales, abonándose en metálico, del verdadero precio que se diere á las cosas, aunque estas se paguen en papel de crédito del Estado. (Real órden de 29 de julio de 1839.)

3347 De las ventas de fincas á censo redimible se devenga una sola alcabala, que deben pagar por mitad ambos contrayentes; pero nada sea deuda por la redencion del capital. (Ley 21, tit. 12, lib. 10, Novísima Recop.)

3348 Las obligaciones del escribano con respecto á la alcabala son:

1.º Cuidar al otorgar cualquier contrato sujeto al pago de alcabala, que se abone esta con puntualidad, bajo la pena del cuatro tanto.

2.º No poder dar copias de las escrituras, sin que se le haga constar que está abonado dicho derecho. (Ley 14, tit. 12, lib. 10, Novísima Recop.)

3.º Dar un testimonio en suficiente relacion del documento que se celebra, y con él el vendedor satisfacer en la respectiva oficina de rentas dicho importe; y no habiéndola en el pueblo, al alcalde del mismo, re-

cogiendo la carta de pago ó recibo, que se une al registro y queda archivado en el protocolo.

3349 Sobre el derecho de hipotecas, que consiste en el pago del medio por ciento en los contratos de compra, venta, cambios y demas de todas clases que contengan traslacion de dominio directo ó indirecto de bienes inmuebles, nos parece suficiente copiar la real instruccion de 29 de julio de 1830 y las modificaciones que ha sufrido, y por ellas se enterará el escribano de sus obligaciones sobre este punto.

Art. 1.º El derecho de hipotecas que se establece por el soberano decreto de 31 de diciembre de 1829, será considerado en todos los casos y para todos los efectos como uno de los ramos que constituyen la real hacienda, con la aplicacion que en él se designa.

2.º Las autoridades y oficinas que asi en la corte como en las provincias y partidos estan encargadas en la direccion y manejo de las rentas en general, de los arbitrios destinados á la amortizacion, lo estarán tambien de este impuesto; y esto mismo se entenderá con respecto á los tribunales y juzgados en su caso.

3.º Las disposiciones generales que están tomadas ó se tomaren para la administracion, recaudacion, intervencion y distribucion de los demas ramos de la real hacienda y arbitrios de amortizacion, serán estensivas á éste, sin perjuicio de las especiales que se fijaren en esta instruccion.

4.º El derecho de hipotecas con arreglo á lo que se determina en el espresado real decreto, consistirà en un medio por ciento del importe de las ventas, cambios, donaciones y contratos de todas clases, que contengan traslacion de dominio directo ó indirecto de bienes inmuebles, cuyo derecho se pagará antes de tomarse razon en los oficios de hipotecas de los títulos de pertenencia en los términos que en adelante se espresarán.

5.º Bajo la espresada denominacion de bienes inmuebles se comprenden con arreglo á la real pragmática de 31 de enero de 1768, que es la ley 3, tit. 16, lib. 10, Nov. Recop., no solo las casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, sino tambien los censos, los tributos, los oficios y otros cualesquiera derechos perpétuos.

6.º La obligacion de pagar á la real hacienda el impuesto que queda referido, será siempre de la persona ó corporacion que adquiera la finca ó propiedad sobre que recae.

7.º Las fincas y demas propiedades en que se verifique traslacion de dominio, quedarán siempre obligadas y especialmente hipotecadas al pago del impuesto.

8.º Estando demostrado en el mencionado real decreto, que el objeto que se ha propuesto S. M. al dictarlo, no es tanto el crear una nueva renta del Estado como dar mayor solemnidad y legitimidad à los contratos y adquisiciones de propiedad, haciendo mas impracticables las simulaciones y suplantaciones de documentos que se esperimentan, *no serán admitidos en juicio, ni producirán efecto alguno legal* todos aquellos que habiendo sido otorgados pública ó privadamente desde el dia 1.º de enero de este año en adelante, carezcan del requisito esencial de haberse tomado razon en el oficio de hipotecas, prévio el pago del nuevo impuesto.

9.º No podrán los escribanos de hipotecas tomar razon bajo ningun

pretesto de documento alguno sujeto á dicha esaccion, sin que el interesado presente la carta de pago de la administracion respectiva, con que acredite haber satisfecho el derecho correspondiente, pues en su defecto quedarán sujetos á las penas de que se tratará despues.

10. El pago de derecho y la toma de razon se han de verificar precisamente en la administracion de la real hacienda y en el oficio de hipotecas, en cuyo partido estén sitas las oficinas, oficios ó derechos que pasan á otro dominio, aun cuando el contrato ó escritura se otorgue fuera de él.

11. Si sucediese el caso de que en un mismo contrato ó escritura se comprendan fincas ó derechos sitos en diferentes partidos, se tomará razon en los oficios de todos ellos, haciendo en esta diligencia las correspondientes esplicaciones: pero el impuesto se cobrará en su totalidad por el administrador del partido en que se tome primero la razon.

12. Conforme á lo prevenido en la real pragmática de 31 de enero de 1768, será obligacion de todos los escribanos hipotecarios tener, en uno ó varios libros, registros separados de cada uno de los pueblos del partido, con la inscripcion correspondiente, y de modo que con distincion y claridad se tome la razon respectiva al pueblo en que estuviesen situadas las fincas ó derechos que pasan á otro dominio, para que fácilmente puedan hallarse las noticias que convenga tomar en lo sucesivo, encuadernando y foliando dichos libros en la misma forma que los escribanos lo practican con sus protocolos.

13. Los referidos escribanos de hipotecas no podrán cobrar derecho alguno de las partes por la toma de razon de los títulos de pertenencia que se sujetan á esta formalidad, por el pago del impuesto, en razon del abono que se les hace por este trabajo, y que se espresará mas adelante.

14. Los escribanos de número y los notarios de reinos ante quienes se otorgue algun contrato ú obligacion de los que segun las esplicaciones hechas en esta instruccion deben pagar el impuesto y sujetarse á la toma de razon en el oficio de hipotecas, quedan obligados bajo su responsabilidad à advertírselo á los interesados, y tambien á poner al final de las escrituras originales, sus copias y testimonios la cláusula siguiente: «Y de este instrumento público se ha de tomar razon dentro de tantos dias en el oficio de hipoteca de este partido (y de los demas, si hay fincas de varios), sin cuyo requisito, á que ha de preceder el pago del derecho señalado en el real decreto de 31 de diciembre de 1829, no tendrá valor ni efecto."

15. El término para satisfacer el derecho y presentar los documentos á la toma de razon, será el de tres dias, que se contarán desde la fecha del otorgamiento esclusive, cuando este se hubiese verificado en el mismo pueblo en que se halle establecido el oficio de hipotecas, y veinte dias cuando se hubiese otorgado fuera de él. Estos términos no podrán ampliarse por ninguna autoridad, cualquiera que sea el motivo. No se entenderá esta disposicion con los instrumentos que se hubiesen otorgado en dominios estrangeros ó en los de ultramar: los primeros tendrán el término de cuatro meses para ambas diligencias,

y los segundos un año si proceden de los dominios de América, y año y medio si del Asia.

16. Los escribanos ante quienes se otorguen los contratos comprendidos en el referido real decreto, estarán tambien obligados à pasar al administrador del partido que corresponda, una nota simple, pero firmada, en que espresen sucintamente la clase del contrato ó disposicion, las personas ó corporaciones por quienes y à cuyo favor se haya otorgado, la denominacion ó calidad de la finca ó derechos cuyo dominio se trasfiere, y su valor, en el caso de que conste en la escritura.

17. Estas notas las pasarán para que sirvan de gobierno al administrador del partido (comisionado de amortizacion) ó escribano de hipotecas encargado de la recaudacion del derecho, en el mismo dia del otorgamiento, cuando residiese en el mismo pueblo, y en el tercero dia, si residiese fuera.

18. El referido encargado del cobro cuidará de reclamar la presentacion de instrumentos públicos para el pago del derecho, si por el resultado de las notas de que tratan los dos artículos que anteceden, advirtiere que no los han presentado en el término que se designa en el artículo 15, cuya reclamacion hará verbalmente ó por medio de un oficio, ante el intendente ó subdelegado de rentas si residieren en el mismo pueblo, y ante la justicia ordinaria cuando aquellos tengan distinta residencia, hasta conseguir la indicada presentacion de documentos y el correspondiente pago de derechos à S. M.

19. Las personas ó corporaciones que estando obligadas segun las reglas que quedan establecidas, à presentar para la toma de razon y pago del impuesto los documentos de adquisicion de derecho y bienes inmuebles, no lo verifiquen dentro del término prefijado, quedarán sujetas à la ley penal de que se hará mencion despues.

20. Las dichas personas ó corporaciones obligadas al pago del impuesto, presentarán en la administracion, en el término prefijado, la escritura y demas documentos necesarios para la liquidacion y pago del adeudo; y en ella, sin causarse molestia ni dilacion à las partes, se liquidará y percibirá la cantidad que resulte, espidiéndose à su favor la correspondiente carta de pago, con la cual lo acrediten en el oficio de hipotecas para la correspondiente toma de razon.

21. Los escribanos de hipotecas, despues que hayan tomado la razon de los documentos, darán aviso à los escribanos otorgantes de ellos de haberse asi ejecutado, para que les conste y hagan las anotaciones correspondientes al márgen ó al final de las materias y protocolos, y estos últimos no podrán de modo alguno dar segundas copias ó testimonios de los originales, sin que les conste en esta forma estar tomada la razon, prévio el pago de derechos.

22 Los instrumentos sujetos à dicha formalidad y pago que se hubiesen otorgado desde el dia primero de enero de este año, se presentarán y requisitaràn en la forma prevenida, segun las reglas que se han establecido, y sin mas diferencia que contarse los plazos desde el dia despues de publicada esta instruccion en el pueblo de la residencia de los deudores.

23. Cuando en los documentos que se presenten à la toma de razon no conste el valor de las fincas, oficios ó derechos perpétuos en

que se verifica la traslacion de dominio directo, pero sí los réditos ó productos anuales, se formará el capital para la esaccion del impuesto, considerando para cada tres reales de renta ciento de capital.

24. Si en los citados documentos no constase el valor, ni tampoco los réditos ni productos de la finca, oficio ó derecho, las personas ó corporaciones que las adquieran acompañarán á aquellos una nota firmada en que lo manifiesten con toda esactitud y sin la menor ocultacion. Esta nota llevará el visto bueno del juez, para acreditar la firma.

25. En el caso de que la administracion dudase fundadamente de la esactitud de la nota ó documento designado para el pago, ó tuviese denuncia formal sobre este punto de persona conocida, bajo su verdadera firma, podrá nombrar de oficio un perito, que unido à otro nombrado por los interesados y tercero en caso de discordia, hagan la tasacion ó valía: pero sin suspender la cobranza de la cantidad que deba pagar el interesado, segun la nota del mismo; y resultando comprobada la disminucion del valor de la finca, se cobrará el esceso del derecho, y ademas las multas que correspondan con arreglo à la ley penal de 3 de mayo de 1830, con mas los gastos y costas à que su mala fé hubiese dado lugar.

26. Cuando los interesados se consideren agraviados por la rectificacion de que se hace referencia en el artículo anterior, tendrán derecho de acudir en queja à la intendencia de su provincia en el término perentorio de 15 dias, contados desde aquel en que se hiciese el pago del esceso del impuesto, sin cuyo requisito no podrá admitírsele la instancia.

27. Los intendentes dispondrán que pase inmediatamente el visitador de la provincia al pueblo donde se halle situada la propiedad, para que con presencia del espediente formado à virtud de lo que se dispone en el artículo 25, y de una nueva tasacion de las fincas, que dispondrá se haga por dos distintos peritos, nombrados uno por el mismo visitador y otro por la parte, y tercero en caso de discordia, se conozca el verdadero valor de ellas: cuyas nuevas diligencias con su informe remitirá al intendente, para que oyendo al administrador y contador de la misma provincia, resuelva lo que sea procedente, y en términos que à los dos meses cumplidos desde el dia en que se presentó la demanda quede definitivamente concluido el negocio, y comunicadas las órdenes correspondientes.

28. Si por el resultado de estas diligencias se comprobase ser inesacta ó falsa la nota firmada que dieron los interesados, quedarán sujetos à las multas y gastos que se han referido, y con su importe se cubrirá el espresado derecho, y el resto quedará á favor de la administracion, para pago de las dietas de los peritos y estímulo de su celo: pero si por el contrario se hallase ser esacta, é infundado el juicio de denuncia, se cargarán todas las costas y gastos al denunciador ó á la administracion que hubiese dado lugar à las diligencias sin el suficiente fundamento, y no se ecsigirá al interesado otro gasto ni derecho que aquel à que está sujeto por el real decreto, devolviéndole en el acto el esceso cobrado.

29. Las multas indicadas, satisfecho que sea el impuesto à la real hacienda, se depositaràn en las administraciones hasta cumplidos los tres meses desde la fecha de su esaccion, pasados los cuales, si no se hubiese recibido alguna órden de la intendencia conforme à lo dispuesto en el artículo 27, se hará inmediatamente su distribucion, segun las reglas establecidas.

30. En las administraciones de provincia y de partido, como encargados de percibir este derecho, se llevarà la cuenta y razon de él, segun los modelos números 1.º y 2.º En su conformidad y de las reglas establecidas en la instruccion y modelos para el órden de contabilidad de 11 de diciembre de 1826, se abrirán igualmente cuentas de este impuesto en las mismas administraciones, contadurías y tesorerías de provincia, y en las de los partidos.

31. Para cumplimiento de los artículos antecedentes, los escribanos hipotecarios remitirán à las contadurías de sus respectivos partidos á los ocho dias de vencido un mes, una nota ó estado arreglado al modelo colocado en la página siguiente, en que se espresen con todas sus circunstancias las tomas de razon que hubieren verificado en el anterior, y del recibo se les avisará por las administraciones con la mayor puntualidad, y en el caso de que no se hubiese tomado razon de documento alguno en todo el mes, enviaràn en lugar del estado un testimonio que lo acredite.

32. Con igual objeto deberàn los visitadores de provincia en fin de los cuatro trimestres del año (y al tiempo de hacer la averiguacion 11 que se les encarga en la obligacion 6.ª del art. 3, cap. 6, tit. 2, parte 1.ª de la real instruccion de 3 de julio de 1824), formar en cada uno de todos los protocolos de su provincia un estado conforme al modelo número 4.º, que con su firma y la del escribano originario pasará à la contaduría de la misma provincia, para que se hagan las comprobaciones correspondientes respecto de las cantidades cobradas, y se disponga lo oportuno sobre las que no lo hayan sido por cualquiera causa.

33. Igualmente deberà el visitador de la provincia reconocer los libros y asientos de las escribanías de hipotecas, para ecsaminar si estan con las formalidades prevenidas en esta instruccion, y para formar un estado conforme al modelo número 5, que dirigirá á la contaduría con su firma y la del escribano del referido oficio. A continuacion harà las observaciones que estime convenientes sobre el modo de cumplir dicho escribano sus respectivas obligaciones en esta parte.

34. Tambien visitará las oficinas de las administraciones de partido, para comprobar con los estados que hubiere formado en las escribanías, si se han hecho cargo de todos los productos á su debido tiempo, y si los han entregado en las tesorerías ó depositarías con igual puntualidad. Las diligencias que instruyan con este motivo, las dirigiràn á los administradores de provincia, para que obren los efectos oportunos.

35. Para mayor comprobacion de la esactitud del pago de este impuesto, remitirán los corregidores y alcaldes mayores á los intendentes en el mes de enero de cada año, una copia de la matrícula de los instrumentos otorgados en los protocolos de las escribanías de sus

partidos, que deberán recoger anualmente conforme á lo dispuesto en el artículo 11 de la real pragmática de 31 de enero de 1768. Los intendentes las pasaràn á las contadurías de provincia para el fin indicado.

36. Los administradores de partido remitirán á los de provincia dentro de los ocho dias primeros de cada mes, un estado arreglado al modelo número 6, y los de provincia dentro de los quince dias primeros del mismo mes remitirán otro á la direccion de la misma clase, pero con distincion de partidos, ó séase oficios de hipoteca.

37. A los escribanos de hipotecas se les abonará el dos por ciento del importe de la recaudacion que se haga en el distrito que comprenda la escribanía de cada uno de ellos, para recompensarles la toma de razon y los demas trabajos que se les encargan, y para estimular su celo à la mayor esactitud en sus operaciones.

38. Asi los interesados obligados á pagar el derecho, como los administradores que lo recaudan, los escribanos hipotecarios, y los otorgantes de los instrumentos, cuidarán de observar puntualmente las reglas contenidas en esta instruccion en la parte que à cada uno le corresponda, pues en su defecto, por cualquier perjuicio ó defraudacion que se siga á la real hacienda en lo que legítimamente le corresponde percibir por este derecho, se les aplicarán las multas que establece para estos casos la ley penal de 3 de mayo de 1830, sin perjuicio de las demas providencias à que haya lugar.

39. Las intendencias en sus provincias cuidarán con el mayor esmero de que se cumpla y guarde con toda puntualidad cuanto se ha dispuesto, dando cuenta á la direccion de rentas de lo que consideren conveniente para el pronto establecimiento de este impuesto y mejoras de su administracion.

40. La direccion general de rentas y la contaduría general de valores en sus respectivas atribuciones cumplirán y harán cumplir igualmente todo lo dispuesto en esta instruccion, resolviendo sin dilacion las dificultades ó dudas que puedan ocurrir al establecimiento del derecho, y elevando á conocimiento de S. M. lo que observen digno de su soberana consideracion, para que se sirva disponer lo que sea de su real agrado. De real órden &c. Madrid 29 de julio de 1830.= Luis Lopez Ballesteros.

3350 || Algunos del os artículos de esta instruccion han sufrido variaciones por órdenes posteriores, que indicaremos brevemente.

3351 El artículo 2.º, segun el cual correspondia à las autoridades y oficinas encargadas de recaudar los arbitrios de amortizacion hacerlo tambien de este impuesto, se ha modificado por la real órden de 21 de diciembre de 1839, que comete este encargo, en los pueblos donde no hay comisionados de amortizacion, á los escribanos de hipotecas de los mismos.

3352 La disposicion del artículo 10, por el que se manda hacer el pago en las administraciones de la hacienda pública, debe entenderse en el dia con las oficinas de amortizacion. (La citada real òrden.)

3353 El término que para hacer los pagos se señala en el artículo 15, debe entenderse de diez dias en el pueblo en que se halle establecido el oficio de hipotecas, y de treinta fuera de él. (Real órden de 26 de junio de 1832.)

3354 El dos por ciento que por el artículo 37 se manda abonar á los escribanos de hipotecas, debe ser el tres, con arreglo á la citada real órden de 21 de diciembre de 1839.

3355 El modelo que se cita en el artículo 31, lo ponemos al fin del formulario de este título: los demas modelos de que se hace espresion en otros artículos, los omitimos por ser solo concernientes á las oficinas de que hablan. ||

FORMULARIO.

Venta de casa.

3356 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Aguado, vecino de ella, dijo: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien de ellos hubiese título, voz y causa en cualquiera manera, vende y dá en venta real y enagenacion perpétua por juro de heredad para siempre jamás à Santiago Jimenez, vecino tambien de ella, y á los suyos, una casa, sita en la calle de tal de esta villa, que le pertenece en posesion y propiedad, y se compone de cuarto bajo, principal y segundo; tiene tantos pies de fachada y tantos de fondo, con lo que toca de medianerías, que multiplicados estos números, componen tantos de área plana: linda por la mano derecha, entrando en ella, con una de Pedro Rodriguez, por la izquierda con otra del otorgante, por las espaldas con corral de Juan Mendez, y por la fachada con dicha calle, y en lo antiguo fué de N., á quien por escritura que otorgó en esta villa, á tantos de tal mes y año, ante N., escribano de su número, la vendió à N. (*aquí se relacionarán, si se quisiere, los títulos de pertenencia, y luego proseguirá*), por cuyos títulos corresponde en posesion y propiedad al otorgante, el cual declara y asegura no tenerla vendida, enagenada ni empeñada, y que está libre de tributo, memoria, capellanía, vínculo, patronato, fianza, ni otro gravámen real, perpétuo, temporal, especial, general, tácito y espreso; y como tal se la vende, con todas las entradas, salidas, fàbricas, centro, vuelo, usos, costumbres, regalías, servidumbres *y demas cosas anejas que ha tenido, tiene y le pertenecen segun derecho*, por tantos mil reales que le entrega y pasa á su poder real y efectivamente en este acto, en tales monedas (*se espresarán las que sean*) que contadas, los importaron: de cuya entrega y recibo doy fé, por haberse hecho à mi presencia y de los testigos que se nombrarán; y como pagado y satisfecho de ellos á su voluntad, formaliza á favor del comprador la mas firme y eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca. (*Si el dinero no pareciere de presente por haberse entregado antes, confesará el vendedor haberlo recibido, y renunciará la ley* 9 *del título* 1, *Part.* 5). Y asimismo declara que el justo precio y verdadero valor de la referida casa son los tantos mil reales, y que no vale mas, ni halló quien tanto le haya dado por ella; y si mas vale ó valer puede, del esceso en poca ó mucha suma hace á favor del comprador y de sus herederos y sucesores gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad, con su insinuacion y demas firmezas legales, y renuncia la ley 2, tít. 1, lib. 10, Nov. Recop., que trata de los contratos de venta, permuta y de otros en que hay lesion en mas ó menos de la mitad del

justo precio, y los cuatro años que prefine para pedir su rescision ó suplemento à su justo valor, los que da por pasados como si efectivamente lo estuvieran. Y desde hoy en adelante para siempre se desapodera, desiste, quita y aparta, y á sus herederos y sucesores, del dominio ó propiedad, posesion, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que le compete á la enunciada casa; lo cede, renuncia, traspasa con las acciones reales y personales, útiles, mistas, directas y ejecutivas en el comprador, y en quien lo suyo represente, para que la posea, goce, cambie, enagene, use y disponga de ella á su eleccion, como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título. Y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye procurador actor en su propia causa, para que de su autoridad ó judicialmente éntre y se apodere de la nominada casa, y de ella tome y prenda la real tenencia y posesion que por derecho le compete; y para que no necesite tomarla, me pide que le dé copia autorizada de esta escritura, con la cual sin otro acto de aprehension, ha de ser visto haberle tomado, aprehendido y trasferídosele; y en el ínterin se constituye su inquilino tenedor y precario poseedor en legal forma. Y se obliga à que dicha casa será cierta, segura y efectiva al comprador, y nadie le inquietará ni moverá pleito sobre su propiedad, posesion, goce y disfrute, ni contra ella aparecerá gravámen alguno; y si se le inquietase, moviere ó apareciere, luego que el otorgante y sus herederos y sucesores sean requeridos conforme á derecho, saldràn á su defensa y lo seguirán á sus espensas en todas instancias y tribunales, hasta ejecutoriarlo y dejar al comprador y á los suyos en su libre uso y quieta y pacífica posesion; y no pudiendo conseguirlo, le daràn otra, igual en valor de fábrica, sitio, renta y comodidades, y en su defecto le restituirán la cantidad que ha desembolsado, las mejoras útiles, las precisas y las voluntarias que à la sazon tenga, el mayor valor ó estimacion que con el tiempo adquiera, y todas las costas, gastos, daños, intereses ó menoscabos que se les siguieren ó causaren: por todo lo cual se les ha de poder ejecutar solo en virtud de esta escritura y juramento del que la posea ó de quien le represente, en quien difiere su importe, y le releva de otra prueba; y á la observancia de todo lo referido obliga su persona y bienes, &c. (*Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, sumision y remuneracion de leyes que en otra cualquiera escritura de obligacion de que se ha hablado en su respectivo lugar*): y si el comprador quiere, puede hacer igual donacion del menos valor de la finca á favor del vendedor, que la que éste le hace del mayor, y renuncian la ley 2, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop., con lo cual ninguno podrá reclamar la venta. (La ley 56, tit. 18, Part. 3, trae estendida esta escritura.)

3357 Se ha de suponer que la escritura anterior es de venta llana otorgada por un adulto mayor de veinte y cinco años, y que la finca está libre de todo gravàmen; pero si tuviere alguno, debe espresarse y añadirse en la escritura la cláusula *que no tiene mas*; y en este caso se pondrá aceptacion, en la cual se obligará el comprador á su responsabilidad, y á dejar libre é indemne de él al vendedor y á sus herederos y bienes: reconocerà por dueño del gravámen al que lo sea; hipotecará á su seguridad la misma finca; y si quisiere, le harà igual gracia y donacion del menos valor; renunciará á la ley del

Ordenamiento, y ambos firmaràn la escritura; bien que aunque no lleve aceptacion del comprador, por el hecho de usar este de la finca, es visto obligarse á responder de las cargas á que esté afecta, porque la obligacion sigue la hipoteca. Se ha puesto en la escritura la cláusula: *y demas cosas anejas que ha tenido, tiene y le pertenecen segun derecho,* porque en las fincas que se venden, suele haber unas cosas que deben ir, y se entienden vendidas con ellas, aunque no se especifiquen, y otras que es menester especificarse, aun cuando estén en las mismas fincas, de lo cual tratan las leyes 28, 29, 30 y 31, tit. 5, Part. 5, y poniéndolas se evitan pleitos y dudas.

3358 No se ha puesto la clàusula: *y se obliga á la eviccion y saneamiento de la casa,* porque es supérflua, respecto de que se pone con toda estension lo que quieren decir estas palabras.

3359 Si el comprador y el vendedor pactaron que éste ni sus herederos no queden obligados ni puedan ser compelidos á restituir á aquel *las mejoras ó reparos necesarios y voluntarios,* no lo ponga el escribano, ni tampoco aunque no lo pacten, sin que preceda consentimiento del vendedor, porque es acto voluntario en él el obligarse ó no á ello, y no cláusula precisa ni sustancial de la venta, y por lo mismo no se le debe obligar sin su espreso permiso; pero de los *útiles* pueden poner la obligacion, porque ninguno debe lucrarse con detrimento de otro, y tambien la de *costas, daños, intereses ó menoscabos*, porque á estos queda obligado por la naturaleza del contrato, á menos que el comprador se los remita y done espresamente. Si la casa está en la corte y tiene carga real de huesped de aposento, se prevendrá en la escritura que se tome la razon de ella en la contaduria del real hospedaje, con arreglo al real precepto y cap. 16 de las ordenanzas de 22 de octubre de 1649, y lo mismo advertirà en otra cualquiera de enagenacion, donacion ó cesion, observando bajo la pena que se le impone lo mandado en dicho capítulo, que á la letra dice asi: «Todos los escribanos ante quienes se otorgaren escrituras de enagenacion de cosas por cualquiera causa de venta, cesion ú otra alguna, antes de entregar la primera copia á la parte ó partes, la han de traer à la contaduría, para que se reconozca si se espresa la carga legítima que consta en los libros debe pagarse, tome la razon, y se note en la escritura lo conveniente; y hecho, la recogerá el escribano, y copiará en el registro que queda en su poder la nota que haya puesto; lo que ejecutarán, pena de suspension de oficio por seis años, y de cincuenta ducados aplicados por mitad á penas de cámara y gastos de justicia; y para que lo cumplan mandará el intendente se les notifique, y archivarà esta diligencia para que conste.» Las ventas de tierras, viñas, olivares, dehesas y montes deben tener las mismas cláusulas, observándose lo que se ha esplicado en el número 3329.

Cláusula de venta á tasacion.

3360 Cuando se celebra la venta, dejando el valor de la finca en manos y arbitrio de peritos, se ordenará la cláusula en la forma siguiente: «Cuya casa le vende por el precio en que bajo juramento la valúen dos peritos, á cuyo fin nombra por su parte á F., maestro ala-

rife en esta villa, el cual, y el que elija el comprador en la aceptacion de esta escritura, han de medir y apreciar la citada casa, haciéndoseles saber por mí el nombramiento; y no conformándose ambos, ha de elegir la justicia de esta villa un tercero para el propio efecto, y pagar incontinenti el comprador al otorgante la cantidad en que los dos la tasen, y no haciéndolo, ser apremiado á su solucion, y á la de las costas y daños que por su morosidad se le ocasionen en su esaccion con solo el juramento ó el de quien le represente; y ninguno de los dos ha de poder reclamar la valuacion, pretender baja, aumento ni moderacion de ella, ni alegar lesion en poca ni en mucha suma, pues si la hubiere, por lo que al otorgante toca, hace al comprador gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable, con insinuacion y demas firmezas legales de lo que importe, y renuncia la ley recopilada &c.» Asi continuará como la anterior, y en la aceptacion nombrará el comprador al perito que quiera, se obligará á estar y pasar por la tasacion que los dos hagan, ó el uno de ellos junto con el tercero que elija la justicia en caso de discordia, hará á favor del vendedor igual gracia y donacion del menos valor con la misma renuncia, y si ambos quisieren, se impondrán pena para que se ecsija al contraventor tantas cuantas veces falte al cumplimiento del contrato, sin que, ya la pague ya se la remita graciosamente, deje de compelérsele á él por todo el rigor de derecho. Luego proseguirá la escritura con las cláusulas generales que se ponen en las demas; y otorgada en estos términos, hará saber el escribano á los peritos el nombramiento, y les recibirá juramento de que tasarán la cosa por el precio justo segun su inteligencia, sin causar agravio á los interesados. Despues la valuarán, y hecha la valuacion, que ha de estenderse á continuacion del protocolo de la venta, la participará el escribano á los contrayentes, quienes, si se conforman con ella, firmarán la diligencia, y el comprador pagará el importe de la tasacion, poniendo recibo de ello el vendedor en el protocolo ante el escribano, para evitar la carta de pago separada, lo cual se prevendrá en la venta; y asi evacuado, dará copia de todo al comprador, para que le sirva de título de propiedad; y si no se conforman, usarán de su derecho judicialmente, para que se apremie al infractor á pasar por ella y á observar el contrato. Si los peritos están discordes, harán los interesados pedimento al juez ordinario, espresando el contesto de la escritura y la discordia, y pretendiendo que nombre tercero, el cual, bajo juramento, teniendo presente las declaraciones de los otros dos, hará la suya; y estando concorde con alguna de ellas, se apremiará á cumplir el contrato al que se resista; verificado que sea, se dará copia de todo lo actuado al comprador, como que es parte integral y sustancial de la escritura: y si ambos contrayentes quieren conformarse con un perito, pueden hacerlo.

Venta de lana.

3361 En tal parte, tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Suarez, vecino de ella, otorga: que por si y á nombre de sus herederos vende á Antonio del Rio, que lo es de tal villa, tantas arrobas de lana merina (*ó como fuere*), procedida de la pila de su

cabaña lanar, fina, trashumante, y esquilmo ó corte que ha de hacer en el mes de mayo prócsimo venidero, en tal parage y en dia claro, sol alto, corral barrido, limpio y seco, y no regado, cuya lana ha de ser blanca, buena, lavada (*ó sucia enteramente, segun se pactare*), enjuta, escogida, desfaldada y deservada, sin roña, cola, cadillo, hierro, añino, copete, basto y bastoso, y de toda satisfaccion á recibo segoviano, consideradas tres arrobas de añinos por dos de lana, segun costumbre, y pesada arroba por arroba en marco de teja, como lo previene la ley recopilada (*ó con las caídas, peladas, añinos y roña, segun pacten les contrayentes*), y se la vende por tantos reales de vellon cada arroba, de que recibe en este acto por parte de paga tanto en tales monedas, que contadas los importaron, de cuya entrega doy fé, por haber sido á mi presencia y de los testigos que se nombrarán, y de ellos otorga à su favor la mas eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca; y declara que el justo precio de las tantas arrobas de lana son los tantos reales, al respecto de tantos cada una, y que no valen mas ni halló quien tanto le haya dado por ella, y si mas valen ó valer pueden ahora ó cuando se haga el corte, del mayor valor en mucha ó poca suma hace á favor del comprador gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad, con insinuacion y demas estabilidades conducentes, renunciando la ley 2, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop. que trata de lo que se compra ó vende por mas ó menos de la mitad del justo precio, y el término que prescribe para rescindir el contrato, ó pedir suplemento á su justo valor, el que da por pasado como si lo estuviera. Y desde hoy en adelante para siempre desiste y se aparta del derecho que á las tantas arrobas de lana tiene y podia pretender: lo cede, renuncia y traspasa enteramente en el comprador, á quien confiere ámplio poder con libre, franca y general administracion, para que acuda ó envie persona de su satisfaccion à tal parte, en donde se la ha de entregar ó escogerla, y desechar todo lo que no fuere de legítimo recibo, segun queda pactado, para lo cual se obliga à avisarle ocho dias antes, á tenérsela entregada en tantos de dicho mes y año, si el tiempo lo permitiere; y á no venderla, darla ni enagenarla total ni parcialmente á otro por mas ni por el tanto que le ofrezca por ella; y si lo hiciere, confiere igualmente la competente facultad al comprador para comprarla tan buena en donde y á quien quisiere por el precio en que la ajustare; pues el otorgante se obliga á devolverle lo que le dió en cuenta, y satisfacerle por entero lo que mas le cueste sin descuento; á lo que quiere se le apremie por todo rigor legal, como asimismo, á la solucion de todas las costas y daños que se le causen, cuyo importe defiere en su relacion jurada y testimonio de la tal compra, sin que sea necesaria otra justificacion, pues le releva de ella en forma. Para su seguridad hipoteca especial y espresamente la referida cabaña, con lo que tuviere de aumento entonces, y se impone la pena de tantos reales, en que se da por condenado irremisiblemente, para que á falta de puntual cumplimiento en todo ó en parte à lo estipulado en esta escritura, se le ecsija á mas de lo espresado, entregándose al comprador, y que se pague ó no, ó graciosamente se remita, se lleve à debido efecto este contrato, y sea compelido á su puntual observancia. El citado comprador, que està presente, enterado de lo queda referido, dijo: que acepta esta

venta en todo y por todo, y en su consecuencia se obliga al pago de los tantos reales que restan para el completo de la tal cantidad, total importe de dichas tantas arrobas de lana, en el mismo dia y acto en que se las acabe de entregar, y en buena moneda de plata ú oro, pena de perder los tantos que dió en cuenta y parte de pago, á lo que quiere ser compelido en la propia conformidad que el vendedor; y declara que no vale menos cada arroba; y en caso de que al tiempo del corte tenga menos valor, del que sea hace à favor del vendedor igual gracia, cesion y donacion que la que éste le deja hecha del mayor, para que este contrato sea igual á entrambos, con renuncia de la misma ley recopilada y término que prescribe, y se obliga á no reclamarlo; y para ello ambos dan poder á los señores jueces de &c.

Venta de censo.

3362 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Rodriguez, vecino de ella, dijo: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien de ellos hubiere título, voz y causa en cualquiera manera, vende y da en venta real y enagenacion perpétua, para siempre jamás, á Bernardo de las Heras, vecino de tal lugar, y á los suyos, tantos mil reales de principal de censo, al quitar con réditos de tres por ciento al año que le pertenecen, segun consta de la escritura que otorgó á su favor F., en tal parte, tal dia, mes y año, ante tal escribano, hipotecando especialmente á su responsabilidad tales bienes, con obligacion de pagarle tanto de réditos anuales á dicho respecto y á tales plazos; cuyo censo está libre de todo gravámen especial, general, tácito y espreso, y se lo vende por los tantos reales que importa su capital y recibe de su mano en este acto en tales monedas á mi presencia, de que doy fé, y como pagado y satisfecho real y efectivamente de ellos, formaliza á su favor la mas eficaz carta de pago y resguardo que á su seguridad conduzca, y se obliga á no volverlos à pedir, ni otra persona en su nombre, pena de restituirlos con mas las costas; y en su consecuencia se desiste, quita y aparta, y á sus herederos y sucesores, de la propiedad, posesion y otro cualquier derecho que á dicho censo le corresponde, y lo cede, renuncia y traspasa con las acciones reales, personales, útiles, mistas, directas y ejecutivas en el comprador, á quien confiere poder irrevocable, con libre, franca y general administracion, para que de su autoridad ó judicialmente tome y aprehenda de él la real tenencia y posesion, perciba y cobre íntegramente desde hoy sus réditos á los plazos estipulados en la escritura primordial de su creccion, hasta que se quite y libere, y entonces de su capital y de todo otorgue las cartas de pago, finiquito, redencion y liberacion correspondiente; y para que no necesite tomar la posesion, le entrega por título de pertenencia la mencionada escritura à mi presencia, de que doy fé: formaliza á su favor ésta, de la cual me pide le dé copia autorizada; y con ambas, sin otro acto de aprehension, ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferídosele, y en el ínterin se constituye su inquilino, tenedor y precario poseedor. Asimismo le confiere igual poder para que apremie al censuario actual y á los poseedores que fueren de las hi-

potecas de este censo, y á cada uno en particular, por el todo á que le reconozcan por dueño y señor de él, y como tal le paguen desde hoy sus réditos, y no al otorgante; el cual consiente se les requiera que lo cumplan, y subroga al comprador y á quien le represente en su propio lugar, grado, derecho y prelacion, con absoluta cesion de acciones en forma, sin que á él le quede la mas leve. Y se obliga á la eviccion y saneamiento del enunciado censo, y à que será cierto y efectivo su capital, se le pagarán los réditos á los plazos pactados en la escritura primitiva de su creacion, y sobre su propiedad y goce no se le moverá pleito ni pondrá impedimento, y si se le moviere ó pusiere, saldrá á su defensa luego que sea requerido conforme á derecho, y lo seguirá á sus espensas en todas instancias hasta ejecutoriarlo, y dejarles en quieta y pacífica posesion de él y segura cobranza de sus réditos; y no pudiendo conseguirlo, le dará el capital que haya desembolsado y réditos que à la sazon se le deban, con mas todas las costas, gastos, perjuicios y menoscabos que se le causen, deferida su liquidacion en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, sin que necesite de otra prueba, pues de ella le releva en forma; y quiere y consiente que esta escritura se note y prevenga en el protocolo de la censual, en los títulos de pertenencia de sus hipotecas, en la contaduría de éstas en el término legal, bajo de la pena impuesta, y en las demas partes que convengan, para los efectos que haya lugar; y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes &c.

Venta de juro.

3363 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, don Alvaro de Andrade, vecino de ella, dijo: que le pertenece en posesion y propiedad un juro de tantos maravedís de principal, y tantos de renta anual, situado en la de salinas de tal parte, en cabeza de F., á cuyo favor el Señor Rey Don Felipe IV espidió privilegio en el real sitio de tal, á tantos de tal mes y año, firmado de su real mano y refrendado de don F., su secretario, de que se tomó la razon en tales oficinas; que tiene tratado venderlo á Juan Martinez, vecino de tal lugar, y para ello impetró la licencia de S. M., que me entrega original para documentar esta escritura é insertarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente. (*Aqui la licencia.*) Y usando de la preinserta licencia (que concuerda con la que está en el protocolo de esta escritura, de que doy fé), en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, otorga: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien de ellos hubiere título, voz y causa en cualquier manera, vende y da en venta real y enagenacion perpétua al referido Juan Martinez, y à los suyos, tantos maravedís de renta anual, y tantos de capital del espresado juro, el cual está libre de todo gravámen real, perpétuo, temporal, especial, general, tácito y espreso, como lo asegura; y se lo vende por tantos reales, los mismos que importa su capital. (*Aquí se pondrá la fé de entrega ó renunciacion de sus leyes, y luego proseguirá de esta suerte.*) Y se desapodera, desiste, quita y aparta de la propiedad, posesion, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que al citado juro le correspon-

de, y lo cede, renuncia y traspasa con las acciones reales, personales, útiles, mistas, directas y ejecutivas en el mencionado Juan Martinez, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, para que tome y aprehenda judicial ó estrajudicialmente su posesion, y lo goce, posea, cambie, enagene, use y disponga de él á su eleccion, como de cosa suya adquirida con justo título; y para que no necesite tomarla, le entrega en este acto á mi presencia, de que igualmente doy fé, el privilegio original con todos los instrumentos que acreditan su pertenencia, de los cuales se omite la relacion por evitar prolijidad; y formaliza á su favor esta escritura, con la cual sin mas acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado y trasferídosele, y en el interin se constituye su tenedor y precario poseedor, y le confiere igual poder para que acuda á las nominadas oficinas y presente en ellas dicho privilegio con la copia original de esta escritura, á fin de que se tilde y borre el nombre del otorgante, de todos los libros en que está sentado, y tomada la razon, se siente y ponga en su lugar el suyo como legítimo verdadero dueño, y desde hoy le acudan con la renta que debe pagarse anualmente, la que perciba íntegra, y llegado el caso de su redencion, los tantos maravedís de su capital sin desfalco; y se obliga à su eviccion, seguridad y saneamiento &c. (*Proseguirá la cláusula de eviccion, como en la venta de censo, escepto lo que habla de notas, que se ha de omitir, y luego se pondrá la obligacion general, comision y renunciacion, como en las escrituras precedentes.*)

3364 Si se quisiere hacer relacion de los títulos de pertenencia del juro, se pondrá en el lugar correspondiente con arreglo à la escritura de venta. Las de venta de efectos de villa requieren las mismas cláusulas que las de juros, pero no es necesaria la licencia que en la de estos, y en cuanto á su relacion é introduccion los mismos títulos servirán de norte y regla al escribano para hacerla.

Venta de oficio renunciable de escribano.

3365 En tal parte, tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que vende y dá en venta real y enagenacion perpétua, por juro de heredad, á Antonio del Rio, de la propia vecindad, el oficio de escribano público de tal ciudad, que le pertenece en posesion y propiedad, con todos sus protocolos de escrituras públicas, pleitos civiles y criminales, y demas papeles concernientes, por libre de todo gravámen, y por tantos mil reales que le entrega en este acto, en tales monedas, á mi presencia y de los testigos infrascritos, de que doy fé, y como pagado y satisfecho real y efectivamente de ellos, formaliza à favor del comprador la mas eficaz carta de pago que á su resguardo y seguridad conduzca; y declara que los tantos mil reales son el justo valor del referido oficio, y que no vale mas, ni halló quien tanto le haya dado por él, y si mas vale ó valer puede, del esceso en poco ó mucha suma hace á favor del comprador gracia y donacion *inter vivos*, pura, perfecta é irrevocable, con insinuacion y demas firmezas legales, y renuncia la ley 2, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop., que trata de lo que se compra, vende ó permuta por

mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que previene para rescindir el contrato ó pedir suplemento á su verdadero valor, los que dá por pasados, como si lo estuvieran. Y desde hoy para siempre desiste, se quita y aparta, y á sus herederos y sucesores, de la propiedad, sucesion, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que le pertenece al mencionado oficio, y todo lo cede, renuncia y traspasa en el comprador, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, para que de su autoridad ó judicialmente aprehenda del citado oficio la posesion que en virtud de esta escritura le corresponde; y para que no necesite tomarla judicialmente, formaliza á su favor este instrumento, del que me pide le dé copia autorizada, con la cual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferídosele, y en el ínterin se constituye su inquilino, tenedor y precario poseedor en legal forma. Y por cuanto el espresado oficio tiene la calidad precisa de renunciarse, para que S. M. (ó tal ciudad, á quien por real concesion toca su provision) haga merced de él al comprador y se le libre el título competente, se obliga á renunciarlo siempre que lo pretenda, previniendo que si despues de renunciado no viviere los veinte dias que prescribe la ley 4, tit. 8, lib. 7, Nov. Recop., y por esta causa se perdiera ó cayera en el fisco, ha de ser por su cuenta y riesgo, y no del comprador, el cual quiere el otorgante pueda compelerle por todo rigor legal à la restitucion de los tantos reales que por él desembolsó, y de las costas y perjuicios, que bajo de juramento que le defiere declara haberle acusado, y para evitar el daño que pueda ocasionarle el defecto de renuncia, sin perjuicio de constituirla separada, como corresponde, lo hace desde ahora con todas las cláusulas y estabilidades que ecsige el derecho para su validacion, y quiere que la tenga y se estime como hecha con ellos sin reservacion; pero si viviere los veinte dias, y por no presentarla ante S. M., ó en el ayuntamiento de dicha ciudad, ó no tomar la posesion del oficio, ó no sacar el título y aprobacion dentro del término prevenido por leyes de estos reinos, ó por otro motivo que no dependa del otorgante, cayere en comiso, ha de ser de cuenta del comprador, y no poder reclamar contra el vendedor ni sus herederos en tiempo alguno: y si lo hiciere, no sea admitido en juicio ni fuera de él. Y en los términos propuestos se obliga á su eviccion, seguridad, &c. (*Proseguirá con la escritura de venta.*) (Se previene que si el oficio no tiene la calidad de renunciarse, deben omitirse las cláusulas de renuncia, y entonces será una venta llana. Si el oficio es de regidor ú otro, no se ha de hablar de protocolos ni papeles, y sí solo de lo concerniente á él, de lo que instruirán al escribano sus títulos, que deberá tener presentes para la estension de la escritura.)

Venta de bestia.

3366 En tal parte, tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos, José Lopez, vecino de ella, dijo: que vende á Antonio Fernandez, que lo es de tal lugar, un caballo suyo propio, de tal edad, altura y color (*se espresarán las demas señales que tenga*) ensillado y enfrenado (*ó sin freno ni silla, segun se pactare*), sin tacha ni vicio que

impidan servirse de él, por tantos reales. (*Aquí se pondrá la fé de entrega y renunciacion de sus leyes*). Y declara que los tantos reales son el justo y verdadero valor del referido caballo, y que no vale mas ni halló quien le haya dado tanto por él, y si mas vale ó valer puede, del esceso, en poca ó mucha suma, hace à favor del comprador gracia y donacion en sanidad, pura, perfecta é irrevocable, con las firmezas necesarias, y renuncia la ley 2, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop., y los cuatro años que prescribe para pedir rescision del contrato ó que se supla su justo valor, los que dá por pasados como si lo estuvieran; y desde hoy en adelante para siempre desiste, se quita y aparta de la propiedad, posesion y otro cualquier derecho que le pertenece á dicho caballo, y lo cede, renuncia y traspasa en el comprador, para que lo tenga, use y disponga de él como cosa suya adquirida con legítimo título, á cuyo fin se lo entrega por la oreja (*ó freno si lo tuviese*), y me pide que de esta escritura le dé copia autorizadada, con la cual y con dicha tradicion ha de ser visto habérsele trasferido conforme à derecho la posesion del referido caballo, y se obliga á que sobre su propiedad y disfrute no se le moverá pleito, ni descubrirá vicio, tacha ni defecto alguno, y si se le moviere ó descubriere, &c. (La ley 65, tit. 18, Partida 3, trae estendida esta escritura.)

3367 Si se vende la bestia con todas las tachas y costumbres buenas y malas que tiene (que llaman à estilo de feria ó mercado) llevará aceptacion la escritura, se obligará el comprador á no intentar contra el vendedor las acciones de rescision de contrato y suplemento de su justo valor, y solo se obligará el vendedor á la eviccion de la propiedad, goce y posesion de la bestia, como en otra cualquiera venta llana, previniendo que si el animal que se vende es hembra que está criando ó preñada, van vendidos con ella los hijos que cria, no pactándose lo contrario: lo que advertirà el escribano á los contrayentes y espresará en la escritura, para evitar disputas.

Escritura de venta judicial.

3368 En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor don F. de T., juez de primera instancia de este partido, por ante mí el escribano público del número de esta poblacion y competente número de testigos, dijo: que en su juzgado se han seguido autos ejecutivos à instancia de N. de T. vecino de...... contra S. de T. por cobranza de tanta cantidad de reales, y habiéndose despachado la ejecucion, y embargado una casa (ó los bienes raices que fueren), se siguieron las actuaciones judiciales por todos sus trámites, hasta recaer sentencia de remate, y seguirse la via de apremio; y no habiendo satisfecho el deudor la espresada suma, fué justipreciada dicha casa y sacada à pública subasta en tal fecha, quedó rematada à favor de D. de T. Consiguiente à ello, se intimó al deudor que otorgase la competente escritura de venta; mas no habiéndolo verificado, se proveyó auto en tal fecha, mandando que judicialmente se procediera à su otorgamiento, sacándose testimonio de lo conducente de los autos para documentar esta escritura é insertarlo en sus traslados, el cual se une cosido al principio de ella, y cuando se

dé alguna copia, se insertará en este lugar, y su tenor es el siguiente:

(*Aquí el testimonio.*)

En su consecuencia, y para que tenga efecto dicho proveído, usando dicho señor juez de la real jurisdiccion que ejerce, y de las facultades que le conceden las leyes del reino, en aquella via y forma que mas haya lugar en derecho, por la presente otorga en nombre del citado deudor, sus hijos, herederos y sucesores, presentes y futuros, que vende al citado rematante la espresada casa, que linda..... (*aquí los linderos*) con todas sus servidumbres y pertenencias, para sí, sus herederos y sucesores, estando libre de todo gravámen, hipoteca y tributo (*ó con los que tuviere*) que declara no tener sobre sí, por la cantidad de tantos reales que tiene entregados en virtud del citado remate, de la cual otorga recibo en toda forma. Y desde la fecha de esta escritura para siempre desiste y aparta al referido F. y sus herederos y sucesores del derecho, accion y dominio que tenia en dicha finca, que adquirió de.... (*aquí el tracto por donde haya pasado al actual poseedor*), y los cede y traspasa el citado comprador judicial, con la eviccion, seguridad y saneamiento necesarios, dándole poder cumplido para que judicial ó estrajudicialmente tome posesion de dicha casa. Y dicho señor juez, como vendedor, à nombre del dueño de ella, le obliga, y à sus herederos y sucesores, à la eviccion y saneamiento de la venta, y à que en todo tiempo le serà asegurada y no se pondrà pleito sobre su propiedad ó posesion, y si se le pusiese algun embarazo sobre su disfrute, luego que llegue à noticia del anterior dueño ó sus sucesores, saldràn à la voz y defensa del pleito ó pleitos que le fueren puestos, y à su costa los seguiràn hasta dejar al comprador y sus sucesores en quieta y pacifica posesion, y en su defecto, le devolveràn la cantidad de esta venta con las costas, daños y perjuicios que se le siguiesen, y el aumento de precio que por el tiempo ó por la industria hubiese recibido la finca. Y estando presente el comprador, à quien doy fé conozco, habiendo oido y entendido lo espuesto, dijo: que acepta esta escritura en su favor como en ella se contiene, y recibe comprada dicha casa por el referido precio. Tanto el señor juez en nombre del vendedor, como el comprador en el suyo, confiesan y declaran, que el justo precio y valor de la casa es la citada cantidad en que ha sido vendida en pública subasta, y en el caso que valga mas ó menos, sea en poca ó mucha cantidad, se hacen gracia y donacion irrevocable é *inter vivos*, con la insinuacion necesaria, sobre lo cual renuncian la ley del Ordenamiento Real, hecha en las Córtes de Alcalà de Henares que trata de las cosas que se compran ó venden por mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que en dicha ley se señalan para pedir la rescision ó la reduccion del contrato al justo precio. Y al cumplimiento y firmeza de esta escritura el citado señor juez, obliga los bienes y rentas del mencionado deudor y los de sus hijos, herederos y sucesores, y el comprador los suyos y los de las personas que les sucedan. Asi lo otorgaron y firmaron, à quienes yo el escribano doy fé conozco, siendo presentes F., N. y S. de esta vecindad, que concurrieron en clase de testigos.

Escritura de retroventa.

3369 En tal parte, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y los testigos que se mencionaràn, pareció F. de T., vecino de ella, y dijo: que S. de T. vecino de..... por escritura que otorgó ante mí (*ú otro escribano del número*) en tal dia, mes y año, le vendió una casa de su propiedad, situada en tal parte, con tales linderos, por tanta cantidad, con la especial condicion de poder recuperarla dentro de tal tiempo, cuya facultad se reservó, como resulta de la espresada escritura; y estando para finalizar el espresado término que se fijó para su recuperacion, ha requerido estrajudicialmente (ó judicialmente) al otorgante à que le restituya la espresada finca, pues está pronto á entregarle los tantos realesque desembolsópor ella, á lo que ha condescendido en virtud de la condicion estipulada en dicha escritura; y cumpliendo con ella en la via y forma que mejor corresponda, otorga: que retrovende y restitituye al espresado F. la mencionada finca, en la misma forma que el otorgante la compró, con todas las cláusulas de traslacion de pleno dominio que en la misma escritura se contienen; y si por este documento, que original con los demas títulos de pertenencia le entrega, de que yo el escribano doy fé, y por el tiempo que ha poseido dicha finca, hubiese adquirido algun derecho á ella, lo cede y trasfiere á favor del citado S. de T., mediante á recibir de él en este acto la espresada cantidad que el otorgante le dió por ella, en tal clase de moneda (*si la entrega hubiese sido anterior al acto del otorgamiento, se pondrá la renuncia de la ley* 9, *tit.* 1, *Part.* 5, *como en las demas escrituras*); y formaliza à su favor la escritura de retroventa, cesion é íntegra restitucion, con todas las cláusulas por derecho necesarias para su estabilidad y resguardo, sin quedar obligado á su eviccion y saneamiento, en atencion à no haber sufrido menoscabo alguno, ni haberle impuesto ningun gravámen mientras ha estado en su poder; y si este apareciere, quiere y consiente ser apremiado á indemnizarle y ecsonerarle de él, y á satisfacerle su importe, y las costas y perjuicios; y el referido S. de T. que está presente, acepta esta escritura; se dá por entregado de la venta y títulos de pertenencia de dicha finca, y confiesa que ésta no tiene desmejora alguna, por haberla hecho reconocer por inteligentes á su satisfaccion, y hallarse en el mismo estado en que estaba cuando la vendió al espresado F. de T: por lo que le dà por libre de toda responsabilidad, se obliga á no reclamar esta escritura, aunque se descubra despues en la finca algun daño de poca ó mucha entidad; y si lo hiciere, consiente no ser oido, y que se le compela à su cumplimiento. Y á la observancia de este instrumento ambos otorgantes, á quienes yo el escribano doy fé conozco, obligan sus bienes presentes y futuros; y lo firman, siendo testigos J., M. y S. todo de esta vecindad.

Posesion estrajudicial.

3370 Estando en tal sitio, término y jurisdiccion de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, Francisco Perez, vecino de ella, á

quien pertenecieron las tierras contenidas en la escritura de venta precedente, dió á Juan Alvarez, vecino de tal parte, á cuyo favor formalizó dicha escritura, la posesion real, actual, corporal ó *cuasi* de tal tierra, en voz y en nombre de todas las demas; y en señal de verdadera posesion entró por la mano al comprador en ella, por la cual se paseó, arrancó yerbas, esparció puñados de tierra, é hizo otros actos posesorios sin contradiccion de persona alguna; y de haberla tomado quieta y pacíficamente el comprador, pidió testimonio para su resguardo: y el vendedor requirió por ante mí á Antonio Rodriguez, colono ó arrendatario de todas las tierras que constan vendidas en dicha escritura, y está presente, acudiese con la renta que hay vencida y se devengase desde el dia tantos de tal mes de este año en que se celebró la venta, al comprador y no á otro, y lo reconociese por dueño propietario de ellas, lo que se obligò á cumplir: y todos lo firmaron, á quienes doy fé conozco, siendo testigos &c.

3371 Si la posesion fuere de casa, dirá: *y en señal de verdadera posesion se paseó por sus piezas, abrió y cerró sus puertas y ventanas, quedándose con sus llaves, é hizo otros actos posesorios &c.*, y el requerimiento á los inquilinos, si los tuviese entonces, serà como el de arriba, y en su defecto se pondrá en diligencia separada; y si la posesion fuere de una finca sola, se omitirá la espresion *en voz y en nombre de todas las demas*, que contiene la antecedente.

Auto para dar posesion judicial.

3372 La posesion judicial se da en virtud de auto ó mandamiento del juez, ante quien la parte legítima, para tomarla, presenta ó eshibe los documentos en cuya virtud, y no de otro modo, debe dársele, y el auto se estiende en estos términos: «Por presentados (ó eshibidos) los documentos que se refieren: por lo que de ellos resulta, se dá á esta parte, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la posesion real, actual, corporal ó cuasi de (*aquí se espresará lo que sea*) con el goce de sus frutos, regalías y aprovechamiento desde tal dia inclusive (*el que sea*) siguiente á el en que falleció F. (*ó en que se celebró la venta de tal casa, ó se la donó, ó lo que fuere*), y obligacion de cumplir sus cargas (*si las tuviere; y si no, se ha de omitir esta espresion*), y en ella se le ampare y defienda; impónese la pena de cincuenta mil maravedís para la càmara á quien se la perturbare sin vencerle primero en juicio; requiérase á las personas que deben contribuirle con sus rentas, lo ejecuten, y no á otra, bajo la de volverlas á pagar haciendo lo contrario, para lo cual se confiere comision à cualquier alguacil de este juzgado y escribano de S. M. Dénse á esta parte los testimonios que pida para su resguardo, y devuélvansele los documentos presentados. El señor D. F., juez de primera instancia de esta villa de tal, lo mandó à tantos de tal mes y año, y firma»

Posesion judicial de una casa.

3373 En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, F., alguacil de su juzgado, en virtud de la comision que por el auto

anterior le está conferida, dió à Francisco de tal, vecino de ella, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la posesion real, actual, corporal ó *cuasi*, en forma, de tal casa, sita, etc. (*Aquí se espresarán calle y linderos*) con el goce de sus alquileres y aprovechamientos, desde tal dia, en que consta habérsela vendido F. por la escritura eshibida; y en señal de verdadera posesion, le entró por la mano en dicha casa, entregó las llaves de sus puertas, las abrió, cerró, se paseó por sus piezas y cuartos, echó fuera á los que estaban en ellos, é hizo otros actos posesorios sin la mas leve contradiccion, y en ella la amparó, defendió é impuso para la cámara la pena de veinte mil maravedís que contiene el auto mencionado, á quien se la perturbe sin vencerle primero en juicio; y de haberla tomado quieta y pacíficamente, pidiò testimonio para su resguardo; y firma con el citado alguacil, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa, de que doy fé.

3374 En los autos de posesion y posesiones judiciales se pone siempre el aditamento: *sin perjuicio de tercero de mejor derecho*; porque como se dan sin audiencia ni citacion de otro, debe el juez dejar á salvo su derecho, por si el que la toma la pide con instrumentos simulados, ó aunque sean verídicos, pues pueden serlo, y haber alguno llamado que sea preferido por la procsimidad de parentesco, ó por otro motivo; lo que no sucede cuando precede conocimiento de causa en juicio contradictorio, como en las tenutas, en las cuales el que no parece dentro de los seis meses primeros siguientes al dia de la vacante, solo tiene accion á litigar la propiedad, y aquel á cuyo favor se declaran, hace suyos los frutos vencidos; pero en las demas posesiones no, y así sirve únicamente para provocar el juiciò, y luego que comparece otro, se convierten en simple citacion á persona incierta, de ciertas que son las que tienen derecho á poseer y no se conocen. No se ha puesto pena en la posesion estrajudicial, porque nadie puede imponerla á otro, sino la ley, ó el juez, como ministro ejecutor de ella y único que tiene potestad para hacerlo.

Testimonio para el pago de la alcabala de una finca vendida.

3375 F. de tal, escribano público del número de este poblacion, doy fé que en ella, á tantos de tal mes y año, se ha otorgado ante mí una escritura de venta de una casa, (*ó de la finca que sea*) situada en esta villa (*ó ciudad*) con tales linderos, por M. de T. de la misma vecindad, dueño de ella, á favor de S. de T. vecino de tal parte, en precio de tantos reales; de cuya cantidad se han deducido tantos reales por razon del capital de censo impuesto sobre dicha finca (*si en efecto estuviere gravada con esta imposicion*) segun así aparece de los títulos de pertenencia, habiendo entregado el comprador tanta cantidad líquida, segun aparece de dicha escritura de venta, á que me remito. Y para que pueda pagarse el cuatro por ciento de alcabala, segun corresponde, doy el presente, que signo y firmo en tal parte á tantos de tal mes y año.

3376 El vendedor satisface la alcabala y recoje la correspondiente carta de pago de la respectiva oficina de rentas, si la hubiere en el pueblo, y si no del alcalde, que es el que recauda este impuesto; cuyo

documento se une al protocolo é inserta en la copia, ó se pone de él testimonio ó nota en el registro, despues de las firmas de los otorgantes y del escribano, entregándolo al comprador, que es en quien debe obrar en el caso de no unirse al protocolo, para conservarlo con los títulos de propiedad, y poder acreditar en todo tiempo haberse satisfecho dicho derecho. En este último caso el comprador firma el recibo de la carta de pago, para resguardo del escribano.

3377 En la corte ademas del testimonio espresado debe darse otro para la contaduría de la real casa de aposento, en los términos siguientes:

«F. de T., escribano de S. M. y del número de esta muy heróica villa, certifico y doy fé: que en el dia tantos, por ante mí (ó por ante el escribano real y del colegio de esta corte S. de T., y para protocolizar en mi oficio) se ha otorgado por M. de T. vecino de esta villa, escritura de venta de una casa (ò de lo que sea) con tales linderos, la cual tiene sobre sí tales gravámenes, inclusa la carga de aposento, habiendo entregado el comprador la cantidad líquida de tantos reales. Dicha casa perteneció anteriormente á (por lo menos tres sucesiones) y actualmen te se ha vendido con dicha carga de aposento (ó sin ella) á N. de T. en la espresada cantidad, segun todo mas por menor aparece de los títulos de propiedad à que me remito; y en fé de ello doy el presente que signo y firmo en Madrid á tantos, etc.»

3378 Con este testimonio y la copia de la escritura pasa el comprador à la oficina ó contaduría de la real casa-aposento, donde se toma la razon á continuacion, ó al pié del signo del escribano numerario. Esta toma de razon se inserta en el registro de la escritura de venta, despues de las firmas del otorgante y del escribano; y para que esto no se omita, conviene que el escribano antes de entregar la copia al comprador, pase él mismo para que se tome la razon en dicha oficina.

VARIOS PEDIMENTOS.

Demanda de compra.

3379 F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho pongo demanda á P., de la misma vecindad, y digo: que mi poderdante le compró en tal tiempo tales fincas, con tales linderos, en tanto precio, del que se dió por entregado, como acredita la escritura que tambien presento; y mediante á que rehusa ahora dejar á mi poderdante libres y desembarazadas aquellas con la entrega de los títulos de su pertenencia:

A V. suplico, que habiendo por presentados los referidos instrumentos y por admitida esta demanda, se sirva condenar al mencionado P. á que entregue à mi poderdante las mencionadas fin-

cas con sus respectivos títulos y rentas caidas desde el dia en que se celebró el contrato. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

Demanda de venta.

3380 F. en nombre de N., vecino de esta corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho pongo demanda à S. de este mismo vecindario, y digo: que mi poderdante le vendió en tal dia de tal mes y año tal heredad, sita &c., por tanta cantidad que habia de satisfacer en tal tiempo, como consta de la escritura que tambien presento; pero sin embargo de que mi poderdante le ha entregado aquella, y de haberse pasado el tiempo, no ha tenido efecto lo estipulado. Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, y admitiendo esta demanda, se sirva condenar al mencionado S. al pago de la espresada cantidad. Pido justicia y costas.= *Auto.* =Traslado.

Pedimento de nulidad de una venta por lesion enormísima.

3381 F. en nombre de N., vecino &c., de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho pongo demanda á E. del mismo vecindario, de nulidad del contrato de venta que celebró con mi poderdante, de tal finca, en tanta cantidad y en tal tiempo, y digo: (*se refiere el hecho*). Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, y admitiéndome esta demanda, se sirva declarar por nulo el espresado contrato, y en su consecuencia condenar al referido E. á que entregándose en la mencionada finca, restituya á mi poderdante el precio en que se hizo su venta. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Por presentado el poder y por admitida esta demanda, y traslado.

Pedimento de rescision de una venta por lesion enorme.

3382 F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho pongo demanda á D., de la misma vecindad, de rescision del contrato de venta que celebró con mi poderdante, de tal heredad, en tal tiempo y en tanta cantidad, y digo: (*refiérese el caso*). Por tanto:

A V. suplico, que teniendo por presentado el poder, y admitiéndome esta demanda, se sirva condenar al mencionado D. á que restituya á mi poderdante la espresada cantidad en que por mas de su valor le vendió dicha heredad, ó á la consignacion formal de lo que percibió, entregándose en ella. Pido justicia y costas=*Auto.*= Traslado.

Pedimento solicitando alguno que otro salga á la eviccion como obligado á ella.

3383 F., en nombre de N., vecino de esta corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que S. de este mismo vecindario, vendió á mi poderdante tal caserío en tanto, obligándose á su eviccion y saneamiento, segun acredita la escritura que tambien presento: mediante lo cual, y de que en el dia de hoy se ha hecho saber á mi poderdante una demanda de reivindicacion de aquella finca, puesta por M., para que pase al referido S. el perjuicio á que hubiese lugar:

A V. suplico, que habiendo por presentados los referidos documentos, mande se le cite en la forma ordinaria, haciéndole saber el estado de la causa, para que tomándola á su cargo la siga y defienda à su costa, hasta poner á mi poderdante en la quieta y pacífica posesion de dicho caserío, con apercibimiento.=Pido justicia y costas.=*Auto.*=Como se pide.

Demanda de eviccion.

3384 F. en nombre de N., vecino de esta corte, de quien tengo presentado poder, ante V., como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S. de este mismo vecindario, y digo: que habiéndole comprado mi poderdante en el año de tantos, tal caserío, en tanta cantidad, segun resulta de la escritura que presento, le puso M. demanda de reivindicacion en este juzgado y por el propio oficio, donde tuvo sentencia favorable en tantos, que despues confirmaron los señores de la audiencia, á cuya consecuencia se despojó á mi poderdante de dicha finca, y satisfizo las costas de ambas instancias, que ascendieron á tanto. En esta atencion, y en la de que aunque mi poderdante citó de eviccion en tiempo al mencionado S. para que saliese á su defensa, no pudo conseguir lo hiciese, como resultará de los autos:

A V. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos, y por admitida esta demanda, se sirva condenarle à que dé á mi poderdante otro caserío tan bueno como el vendido, con los correspondientes frutos, satisfaciéndole ademas todos los perjuicios y costas. Pido justicia.=*Auto.*=Traslado.

Pedimento de un tutor solicitando licencia para vender una finca de su menor.

3385 F. en nombre de N., vecino de esta corte, y tutor de M., hijo menor de R., ya difunto, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que entre los bienes adjudicados á dicho menor por fallecimiento de su padre, lo fué una casa sita en tal calle, que por su antigüedad necesita para su conservacion de considerables reparos, á los cuales no alcanzan ni sus réditos ni las facultades del menor, por lo cual es muy útil venderla y destinar su valor á otras cosas fructíferas. Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, me ad-

mita informacion, que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y hecha la bastante, se sirva mandar se subaste por el término ordinario dicha casa, y se reciban las posturas que se hagan á ella, defiriendo á su tiempo al remate en el mayor postor, concediendo á mi poderdante la correspondiente licencia para otorgar la escritura de venta, é interponiendo su autoridad y decreto judicial en todo. Pido justicia.=*Auto.*=Dé la informacion; y hecha, autos.

Demanda de nulidad de la venta que hizo un curador de una heredad de su menor.

3386 F. en nombre de B, vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S. de este mismo vecindario, y digo: que habiendo fallecido en el año de tantos R., padre de mi poderdante, dejándole por su tutor y curador á F., se le discernió el cargo en la forma ordinaria; y debiendo en su cumplimiento cuidar de los bienes de su menor como un diligente padre de familia, lo hizo tan al contrario, que sin necesidad, utilidad ni la licencia judicial correspondiente vendió al referido S. tal heredad, sita aquí ó allí, por tanta cantidad, valiendo dos terceras partes mas, Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, y por admitida esta demanda, se sirva declarar por nulo en un todo el espresado contrato, y consiguientemente condenar á S. á que restituya á mi poderdante la heredad con los frutos que haya producido desde su injusta ocupacion hasta la real entrega. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

MODELO

PROVINCIA DE. . . .

Derecho de hipotecas. *Mes de. . . . . de 184. . .*

PARTIDO DE. . . .

Estado ó nota que forma el escribano de hipotecas de dicho partido, de las tomas de razon que ha verificado en el referido mes, con espresion de sus fechas, nombres de los otorgantes, valor de las fincas, y demas que se espresarán, segun lo mandado en la Real Instruccion de 29 de Julio de 1830.

NOMBRE DE LOS ESCRIBANOS ORIJINARIOS.	FECHAS DE SUS INSTRUMENTOS.	NOMBRE DEL DUEÑO DE LA FINCA.	CLASE DE ESTA.	CAPITAL. *Reales mrs. vn.*	RÉDITOS. *Reales vn. mrs.*
D. F. de T.	25 de octubre de 1841	Don F. de T. . . .	Un molino harinero.	93.500 »	3.256 22
D. Fulano &c. . . .	. . . . . &c.	. . . . . . &c.	. . . . . &c.	. . . . . &c.	. . . . &c. . . .

Fecha y firma.

NOTA. Cuando en las escrituras no se designe ni el capital ni los réditos de las propiedades, se dejarán en blanco sus correspondientes casillas.

TITULO XLVIII.

De los retractos.

3387 El derecho de retracto es contrario á la libre facultad que por todos derechos tiene cada uno de disponer como quiera de sus bienes; y aunque con el tiempo deberà desaparecer de nuestra legislacion, no podemos escusarnos de tratarlo en este lugar, á causa de estar permitido por nuestras leyes.

SECCION I.

Definicion y divisiones del retracto.

3388 El *retracto*, tomado generalmente, es *un derecho que por ley, costumbre ó pacto compete á alguno para anular alguna venta, y tomar para sí por el mismo precio la cosa vendida á otro.*

3389 Las especies principales del retracto son dos: una del que se llama de consanguinidad, conocido con los nombres de *gentilicio*, y *de patrimonio ó abolengo*, y otra del llamado *de sociedad ó comunion*; este último se divide en varias clases, segun que pertenece al sócio, comunero ó partícipe en el dominio de alguna cosa, al señor del dominio directo, al superficiario ó al enfiteuta. De todos trataremos en las siguientes secciones.

SECCION II.

Del retracto gentilicio, y de las personas á quienes y contra quienes compete.

3390 Podemos definir el retracto gentilicio, *un derecho que compete á los mas prócsimos parientes del vendedor dentro del cuarto grado, para redimir los bienes inmuebles de su patrimonio ó abolengo, ofreciendo al comprador el mismo precio por que él los habia comprado.*

3391 Compete este retracto á los hijos, nietos y parientes legítimos, por su órden, dentro del cuarto grado, del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de agnacion, cognacion, secso ni edad.

3392 Por los menores pueden usar del derecho de retraer sus tutores y curadores; y por los ausentes sus apoderados con poder que contenga esta especialidad, y no de otra suerte. (Leyes 1, 2, y 4, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3393 Tambien tienen facultad para retraer los hijos naturales, pues la disposicion legal, apoyada en el derecho natural, en la sangre y en la equidad, los comprende.

3394 De ninguna manera compete el retracto á los espúrios, incestuosos, y de dañado ayuntamiento, porque como no son consanguíneos ciertos, no se reputan por tales, ni por personas de la familia de los que dicen ser sus ascendientes.

3395 Igualmente puede usar del derecho del retracto el hijo ó descendiente desheredado legítimamente, pues por la desheredacion no pierde el derecho de la sangre, en virtud del cual le compete el retracto.

3396 Lo mismo ha de decirse por igual razon del hijo que renunció con juramento la herencia de su padre ó ascendiente.

3397 El derecho de retracto compete á los clérigos, así entre sí mismos como interviniendo legos; y del mismo modo compete al consanguíneo del vendedor eclesiàstico.

3398 Las personas que pueden retraer, no pueden ceder á otros este derecho, que es intrasmisible y personalísimo; por lo cual será nula la cesion que de él haga á un estraño el consanguíneo del vendedor, pero valdrá la que se haga á pariente dentro del cuarto grado, sin perjuicio del mas cercano.

3399 Por la misma razon no puede retraer el heredero estraño de pariente mas propincuo del vendedor, que falleció dentro del tiempo en que podia retraer la finca vendida, á no ser que el difunto hubiese dejado contestado el pleito sobre el retracto, en cuyo caso se le ha de admitir.

3400 Si dos ó mas parientes de un mismo grado quieren retraer una cosa, deben dividirla; y siendo de diversos grados, pertenece al mas cercano, quien la obtendrà, aunque no intente retraerla antes que se venda, si ocurre dentro del término que las leyes señalan.

3401 Hallándose imposibilitado de retraer el pariente mas cercano, ò estando ausente, ó no queriendo hacerlo, ó si estando presente à la venta calla, podrá usar del derecho el siguiente en grado, dentro del término que podria haberlo verificado el primero. (Ley 7, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3402 Mas no podrá retraer una finca aquel que habiendo sido requerido para ello, contestó que no la queria, pues perdió su derecho, y lo adquiere el pariente mas inmediato en grado.

3403 Supuesto lo referido en todos los números de esta seccion, si el dueño de la finca patrimonial ó abolenga quiere venderla por dinero de contado à un estraño, podrá algun pariente suyo dentro del cuarto grado retraerla, y será preferido por el tanto al estraño; pudiendo ser reconvenido el reo en este caso en el lugar de su domicilio ó de la finca patrimonial.

3404 No solo puede el pariente retraer la finca patrimonial ó de abolengo cuando el dueño de ella la venda á un estraño por dinero contante, trasfiriéndole incontinenti su dominio, sino tambien cuando la dá á censo reservativo perpétuo, ó al quitar, porque es verdadera venta al fin hasta su pagamento y redencion, se trasfieren en el comprador ambos dominios, y percibe el vendedor los réditos ó pensiones

estipuladas, en compensacion de los frutos que percibiría á no haberla enagenado, cuyo pacto es permitido y se practica.

3405 Pero no se puede retraer el censo consignativo, segun nuestro derecho, ya porque este habla de cosas raices y el censo es mueble, y ya porque el censualista no enagena el dominio de la finca sobre que se impone.

3406 Vendiéndose la finca á un pariente, puede retraerla otro mas cercano, porque tiene mejor derecho y nadie puede privarle del que le conceden las leyes; en cuyo caso se reputa aquel como estraño: y el pariente del mismo grado que el comprador podrá retraer la mitad.

|| No estamos conformes con Febrero en este punto en cuanto á la facultad de retraer un pariente mas prócsimo contra otro pariente del vendedor dentro del cuarto grado. La ley habla solo de los estraños, y siendo el derecho de retracto restrictivo de la libre facultad de enagenar que corresponde à los dueños de una cosa, no debe estenderse à mas casos que los comprendidos en el tenor literal de las leyes que lo autorizan. Siendo ademas el objeto del retracto gentilicio el que los bienes no salgan de la familia, y consiguiéndose por la venta hecha à un pariente dentro del cuarto grado, no hay necesidad de que retraigan los inmediatos; y con mucha menos razon los que se hallan en igual grado que el comprador. ||

3407 Si quisieren la cosa de patrimonio dos parientes de un grado, uno por una línea y otro por las dos, se observará lo que acerca de la sucesion *ab intestato* está dispuesto en semejante concurrencia, porque el derecho de retracto es semejante y se equipara con aquella.

|| Tampoco es esacto lo que Febrero dice en este número, y nosotros creemos que el doble vínculo de parentesco no da prelacion entre los que están en igual grado, por ser distinta la razon que milita en los retractos, de la que hay en las sucesiones intestadas: en estas los bienes se consideran como propios de la persona à quien se sucede, y solo con relacion à ella; en los retractos se tiene el derecho como para conservar los bienes que vienen del padre, el cual lo es igualmente de los hijos enteros que de los consanguíneos. El mismo reformador de Febrero lo indica asi en una nota, aunque dice ser la opinion contraria mas seguida. ||

3408 La procsimidad del parentesco para retraer debe considerarse con relacion al vendedor, y el hijo de este debe ser preferido al hermano. (Ley 2, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3409 La computacion de grados en los retractos debe ser civil, ya porque se trata de un negocio puramente temporal, ya tambien porque de este modo queda mas restringido el derecho de retraer.

SECCION III.

Bienes que pueden ser ó no objeto del retracto gentilicio.

3410 Los bienes que son objeto del retracto gentilicio, son los raices que estuvieron en el patrimonio ó abolengo del que vende y retrae, esto es, que pertenecieron ò bien à sus padres ò bien à sus abuelos. (Leyes 1, 2 y 5, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3411 Estos bienes deben ser hereditarios, y todos los demas están escluidos del retracto. (Ley 3, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3412 Están escluidos del derecho de retracto los bienes muebles, porque ademas de hablar las leyes solo de las cosas inmuebles, à ellas únicamente es acomodable la causa inductiva del retracto. (Dichas leyes y la 23 del Estilo.)

3413 Puede usar del retracto el pariente del vendedor cuando se venden muchas cosas patrimoniales ò abolengas, ya por un solo precio, ya por distintos; con la diferencia de que en el primer caso ha de retraerlas todas ò ninguna, y en el segundo puede retraer las que quisiere, observando las formalidades prescritas. (Ley 5, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3414 Para la mejor inteligencia de lo dicho en el número que precede debe saberse, que si en un contrato ò instrumento se venden muchas fincas patrimoniales ò abolengas tasadas à un tiempo en diversos precios, v. g., una casa en ciento, y un fundo en doscientos, se conceptúan varias ventas, por tener todas su tasa separada: así, podrá el pariente del vendedor retraer la que le acomode, lo cual se entiende aunque el vendedor ò su causante las hubiese comprado en un solo precio y contrato, si despues hace que se valúen separadamente; pero si el comprador las quiere todas en un solo precio, y no de otra suerte, deberá el pariente retraerlas todas ò dejarlas todas, porque así se conceptùa una venta sola.

3415 Lo mismo procede tambien en la dacion de pago; por lo que si dos fincas tasadas separadamente se dieren por un solo débito, proviniente de una causa, no se debe admitir al pariente el retracto de una de ellas, pues semejante débito es individuo, y por lo mismo no puede el deudor pagar por partes contra la voluntad de su acreedor; mas lo contrario ha de decirse si fueren diversas las deudas.

3416 Si se venden al fiado una ò mas fincas patrimoniales ò abolengas, tiene tambien accion el pariente del vendedor para sacarlas por el tanto, con tal que dentro del término legal afiance à satisfaccion de la justicia, de que al tiempo estipulado por el comprador satisfará su importe. (Ley 6, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3417 Si las fincas se venden con pacto de *retrovendendo*, puede retraerlas dentro del propio término; bien que en la retroventa es preferido el vendedor al consanguíneo en virtud del pacto.

3418 En la venta de bienes inmuebles que adquirió el vendedor por compra, permuta, donacion ó de otra manera que no sea por sucesion de sus ascendientes, no tiene lugar el retracto gentilicio, pues para que lo tenga es preciso que los haya heredado de su padre, madre, ó abuelos. (Ley 3, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3419 Si la finca patrimonial ó abolenga se vende juntamente con otra que no lo es, por un solo precio y en un instrumento, aun cuando no se pruebe fraude, será admitido el consanguíneo al retracto de la que no lo es, valuándose segun su estado, y la otra se dejará al comprador.

3420 Ofreciendo el comprador al consanguíneo las fincas patrimoniales ó abolengas y las que no lo son, debe este retraerlas ó dejarlas todas; pero si el consanguíneo quiere retraerlas todas, y dar al com-

prador su total valor, no estará obligado éste á dejarle mas que las patrimoniales.

3421 Dándose en pago voluntaria ò necesariamente al acreedor por el dinero que su deudor le debe los bienes de este apreciados, puede retraerlos su pariente: ya porque la dacion en pago hace veces de compra-venta, y ya porque de lo contrario podrian los contrayentes eludir con facilidad las disposiciones legales é impedir el retraeto, con solo mudar el nombre de la enagenacion; pero si la dacion es en pago de otra especie, ó finca, no será venta sino permuta, y entonces no tendrà lugar el retracto.

3422 Cuando una finca patrimonial ó abolenga se vende en almoneda judicial, sea voluntaria ó necesaria, tiene igual derecho á su tanteo el pariente mas cercano; en cuyo caso se cuentan los nueve dias desde el siguiente al del remate, y ha de consignar y depositar aquel efectivamente el precio, pues no basta ofrecerlo, como tambien satisfacer antes de la entrega al comprador la alcabala, si la pagó, el laudemio que se cause por la venta, si se ha pactado así con el vendedor, à quien incumbe la satisfaccion de todo, y asimismo las espensas justas que se le hayan originado en la venta, siempre que conste de ellas, pues de lo contrario basta dar fiador de que luego que se hayan liquidado satisfará su importe. (Ley 4, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.); mas no debe pagar el aumento del precio que ofrece voluntariamente el comprador, escepto que lo ofrezca en el mismo acto, ó que el juez le condene á darlo y suplirlo por haber lesion, ó por otro motivo. Lo mismo sin diferencia ha de decirse del sòcio.

3423 No compareciendo algun pariente dentro del término legal á retraer la finca patrimonial ó abolenga, ninguno podrá intentar despues su retracto, aun cuando vuelva al mismo vendedor y este quiera venderla segunda vez, pues la finca perdió su cualidad de patrimonial ó abolenga, por haber pasado y permanecido en persona estraña; á no ser que el propio vendedor la recupere en virtud de pacta retrovendendo, pues en este caso no se tiene por cosa distinta ni adquirida de nuevo, y vuelve á su primer estado.

3424 No tiene lugar el retracto cuando el padre que heredó de su hijo muerto, vende la finca que este hubo de su madre.

3425 Siendo nula la venta por defecto de solemnidad ú otra causa, no tiene lugar el retracto, así porque en el nombre de venta no se comprende la que es nula, y antes bien se tiene por no celebrada, como porque si se admitiera el retracto, se quitaria la finca al vendedor que no perdió su dominio, no al comprador, que ningun derecho adquirió á ella por la inútil venta.

3426 Lo mismo procede cuando esta fué simulada, pues verdaderamente no la hubo, y así el que la celebró no es visto haber querido enagenar por ella su finca, ni abdicar su dominio, sino retenerlo, aparentando ó fingiendo lo contrario.

SECCION IV.

Término para retraer, y requisitos que deben intervenir en el retracto.

3427 Nuestras leyes conceden nueve dias para el retracto de finca patrimonial ó abolengo; y este término está señalado para todos los parientes del vendedor, y no singularmente para cada uno de ellos (Ley 1, titulo 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3428 Si la venta de finca patrimonial es pura ó simple, se deben contar, segun la opinion mas recibida, desde el dia siguiente al de su celebracion, y no desde la tradicion de la finca ó del dinero; aunque sea venta hecha á censo redimible, pues no se ha de esperar á su liberacion.

|| El reformador de Febrero dice, que muchos autores opinan que los nueve dias empiezan á contarse desde el momento en que se celebró la venta: opinion que le parece debe seguirse, y con la cual estamos conformes, pues que por ella se estrechan los límites del retracto, y es mas conforme á la ley 1.ª citada, cuyo contesto es que corra el término desde que se perfecciona el contrato de compra venta. Este término como legal deberá contarse de momento á momento, lo cual es muy conforme al espíritu de las leyes, que solo mencionan el tiempo y no el dia. ||

3429 Los nueve dias que por estilo y costumbre de los tribunales se conceden al deudor à fin de que pueda retraer sus bienes subastados para pagar á sus acreedores, son distintos de los concedidos para el retracto de que se habla; y así estos deben contarse desde que espiran aquellos, mediante á que hasta entonces puede el deudor deshacer la venta de sus bienes.

3430 El término legal para retraer corre aun para los pupilos y ausentes, sin que pasados los nueve dias puedan valerse del remedio de la restitucion ni otro alguno. (Ley 2, tít. 13, lib. 10, Nov. Recop.) Aunque algunos autores opinan que cuando por culpa y malicia del vendedor ignora el pariente la venta, deben correr desde el dia de la sentencia, como asimismo que cuando hay fraude entre los contrayentes acerca del precio han de contarse desde que conste el verdadero, hablando la ley indistinta, absoluta y claramente, no debemos distinguir, con especialidad, siendo el retracto un derecho odioso, por oponerse á la libre facultad de los dueños para disponer de sus cosas.

|| Aunque es verdad que el retracto es odioso y se opone á la facultad que cada uno tiene para disponer libremente de sus cosas, no por eso debe dejarse al arbitrio de los particulares poder eludir con su malicia el efecto de las leyes, cual sucederia si se admitiese lo que Febrero dice en el número anterior; por lo cual nos parece mas acertada la opinion de los autores que defienden la contraria, y no podemos menos de copiar una juiciosa nota de su reformador, segun el cual sería muy estraño que estuviese al arbitrio del vendedor ó comprador el uso de un derecho que la ley concede al pariente mas cercano; y por lo mismo parece que debia admitirse al pariente la oferta de la consignacion del precio ó la correspondiente fianza al poner la deman-

da de retracto con los requisitos legales y pidiendo la manifestacion del documento ó escritura de la venta. ||

3431 Habiendo frutos pendientes en la finca al tiempo de la venta, si dentro de los nueve dias siguientes á ella los percibe el comprador y en ellos la retrae el consanguíneo, debe aquel devolvérselos, ya porque son parte de la misma finca y del precio en que se ajustó, y ya porque parece haberlos percibido con dolo y mala fé, mediante á que sabia ó debia saber que tendria que restituirlos incontinenti.

3432 Ademas de ocurrir dentro de los nueve dias siguientes al de la celebracion de la venta y otorgamiento de la escritura, debe el que tiene derecho de retraer de practicar algunas solemnidades sin las cuales pierde su derecho. Estas solemnidades son las siguientes;

1.ª Pagar el mismo precio en que se efectuó la venta y no menos, sea grande ó pequeño, pues no basta el ofrecerlo solamente.

2.ª Jurar que quiere para sí la cosa y que no intenta el retracto por dolo ni por fraude.

3.ª Si no se quisiere recibir el precio, depositarlo judicialmente, y si puede ser á presencia del juez y de su órden.

4.ª Si la venta se ha hecho al fiado, afianzar á satisfaccion de la justicia que satisfará su importe al tiempo estipulado por el comprador. (Ley 6, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

SECCION V.

Del retracto de sociedad ó comunion.

3433 Retracto de comunion *es el derecho que compete á cada uno de los condueños para redimir los bienes y muebles en que tienen aparcería, ofreciendo al comprador el precio que satisfizo.*

3434 No solo puede el sócio ó partícipe en una finca *pro indiviso*, justificando serlo, retraerla por el tanto si el consócio quiere vender su parte á estraño, sino tambien despues de vendida ésta, con tal que acuda precisamente dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y pague el precio ofrecido sin fraude por el comprador, aunque sea escesivo y mayor que el valor de la parte vendida, y no en otros términos. (Leyes 55, tit. 5, Part. 5, y 9, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3435 Lo dicho en el número anterior se ha de observar, aunque el sócio que retrae tenga una parte muy pequeña en la finca comun y al consócio vendedor toquen las demas, pues esto no priva al primero del derecho de retracto, y es lo mismo que si estas fueran suyas y aquellas del vendedor.

3436 Aun cuando uno de los enfiteutas que poseen *pro indiviso* una finca, venda su parte à estraño precediendo requerimiento al señor del dominio directo, podrá el consócio en la cosa enfitéutica retraerla del estraño, si el señor no la quiere, pues queriéndola es preferido.

3437 Asimismo, vendiéndose una parte de la comodidad ó utilidad del usufructo, puede el consócio en este retraerla del estraño: lo cua no se permite al consanguíneo.

3438 Enagenando ó vendiendo el usufructuario su derecho de usufructuar, lo pierde, se consolida con la propiedad y pasa al propietario, aunque bien puede vender y arrendar por su vida los frutos y comodidad, porque estos no son derecho formal de usufructo, sino la utilidad de él: y por no ser tal derecho de la misma clase que el del propietario, ni haber sociedad entre los dos, no puede competir á este el retracto. (Leyes 24 y 25, tit. 31, Part. 3.)

3439 Por la misma razon, si el que tiene la propiedad sola la vende al usufructuario, podrá retraerla el sócio en la misma propiedad, ó el pariente prócsimo: si bien no se estenderá su derecho al usufructo, ya porque la consolidacion de este con aquella se hizo sin culpa del usufructuario, y ya porque se seguiría que se retraia mas de lo que se habia vendido, lo cual es contra la mente de nuestras leyes.

3440 Tambien tiene lugar el retracto de comunion en la servidumbre de casa ó fundo, en el derecho de apacentar ganado en prado ó dehesa agena, en la transaccion, en el arrendamiento hecho á muchos de algun fundo, diezmo ú otras rentas, en la dacion de pago, sea voluntaria ó necesaria, y en la accion ó derecho á alguna cosa inmueble comun á los sócios.

|| Febrero hace estensivo el retracto de comunion á las cosas muebles y semovientes, y su reformador dice que no es tan cierto que no haya autores que opinen lo contrario. En efecto, no parece la mas acertada la opinion de aquellos que fundados en una ley de Partida creen que ésta, usando de la palabra cosa, comprende en el retracto los muebles y semovientes; pero la ley de Partida habla solo de los tanteos, que son diferentes de los retractos. Ni es tampoco cierto que el de comuneros sea favorable, pues aunque menos odioso que el gentilicio, no lo deja de ser, pues que no asegura los derechos de los señores y contratantes. ||

3441 Por último, pueden los consócios retraer una cosa comun, aunque esté dividida intelectualmente entre los sócios, como si por convenio de ellos tiene uno la porcion de fundo hácia una parte y el otro hácia otra, pues no se dice realmente dividida hasta que se amojona.

3442 En todos los casos espresados, sin embargo de que la finca ó cosa comun se venda muchas veces, la puede retraer el sócio ó partícipe dentro de los nueve dias siguientes al de la última venta.

3443 Siendo muchos los sócios, puede cada uno *in solidum* retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á un estraño; y si todos la quieren, deben ser admitidos á su retracto segun la parte que les corresponda en ella, y no con igualdad.

3444 Si el sócio vende á uno de los consócios la parte que le corresponde en la cosa comun, no pueden los demas retraerla, por grandes que sean las suyas y pequeña la del consócio comprador, escepto que éste sea díscolo é insufrible.

SECCION VI.

Del retracto de los dueños directo y superficiario.

3445 Tambien han concedido las leyes la facultad de retraer á los dueños directo y superficiario. (Ley 8, tit 13, lib. 10, Nov Recop.)

3446 Si el señor del dominio directo, ó del suelo ó àrea, la vende à estraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfiteuta dentro de los nueve dias referidos, por tener el dominio útil.

3447 Si el superficiario y enfiteuta venden el dominio útil, puede retraerlo el señor del dominio directo en el mismo término, caso de que no le paguen ninguna pension, pues si se la pagan deben requerirle para que la compre, si quiere, segun hemos dicho en el número 3173.

3448 Concurriendo al retracto el señor y el superficiario ó enfiteuta con el consanguíneo ó con el sócio, serán preferidos aquellos tres à estos dos: el señor del dominio directo se ha de preferir al superficiario y enfiteuta, por la razon del mayor y del principal derecho que como dueño del suelo le compete en la finca, y el señor, superficiario, enfiteuta y sócio deben ser preferidos al pariente, con el órden con que se nombran; de modo que este es postergado á los otros, concurra con todos ó con cada uno solo; el sócio lo es al superficiario y enfiteuta, y estos dos lo son al señor del suelo. (Ley 8, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.)

3449 El señor del dominio directo puede dar licencia absoluta al enfiteuta para vender la finca enfitéutica, ó limitada, sin perjuicio de su derecho de tanteo; si se la dà absoluta, no puede retraerla por aquella vez, y si la concede sin perjuicio de usar del tanteo, deberá retraerla dentro de los nueve dias siguientes al de la venta, pues los dos meses son para que no caiga la finca en comiso si se vende sin permiso suyo.

SECCION VII.

Requisitos precisos en el retracto de comunion.

3450 Para que haya lugar al retracto de comunion son precisos cinco requisitos, algunos de los cuales son propios del de consanguinidad, á saber:

1.º Que el sócio que lo intenta lo sea en la cosa vendida por razon de dominio, y que lo acredite.

2.º Que la cosa no esté real y verdaderamente dividida ò amojonada, aunque los sócios se hayan convenido sobre el paraje en que han de tener y disfrutar sus partes.

3.º Que el sócio que retrae jure que quiere para sì y no para otro la parte vendida, y que no procede con fraude.

4.º Que acuda á retraerla dentro de los nueve dias siguientes al de la celebracion y perfeccion de la venta, al otorgamiento de la escritura si se pactó que se habia de otorgar, al de remate vendiéndose la cosa en pública subasta, y al del cumplimiento de la condicion si la venta es condicional.

5.º Que no se ofrezca sino que se entregue al comprador el precio, alcabala, laudemio y espensas justas que haya hecho; que lo deposite judicialmente no queriendo recibir su importe ó estando ausente, y si la venta fue al fiado, que practique lo que el consanguíneo.

3451 En caso de que el comprador deba algo al que retrae, debe este compensarlo con el precio de la parte vendida, y se le debe admitir la compensacion hasta su importe: y aunque esta no se concede al consanguíneo, puede usar de la cautela de depositar todo el precio, para que se verifique que cumple con el precepto legal, y pretender al mismo tiempo que no se le entregue la cantidad líquida que resulta deberle.

|| En los números 3315 y siguientes hemos tratado del retracto convencional, por parecernos mas propio del título de compra venta que del de retractos. ||

FORMULARIO.

Demanda de retracto.

3452 F. en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que G. del mismo vecindario, vendió en tal dia tal finca de abolengo á T., en tanta cantidad; y mediante competir á mi poderdante como nieto el derecho de retracto dentro de nueve dias:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, me admita informacion, que ofrezco hacer incontinenti á continuacion de este escrito, y hecha la bastante, se sirva declarar tiene lugar el derecho de retracto, nombrando asimismo sugeto en quien se deposite el valor de dicha finca, que consigno desde luego. Pido justicia y juro ser para mi poderdante y no otra persona =*Auto.*=Dé la informacion, y hecha, autos.

TITULO XLIX.

De los contratos innominados, y señaladamente del cambio ó permuta

SECCION I.

De los contratos innominados.

3453 Se ha dicho en el artículo 2636 cuàles son los contratos innominados; veamos sus especies y efectos.

3454 Cuatro son las especies de contratos innominados. (Ley 5, tít. 6, Part. 5.)

1.ª Cuando alguno dà su cosa por otra, que es lo que se llama *permuta.*

2.ª Cuando dà á otro su cosa, (no siendo dineros contados pues en tal caso seria compra) para que le haga otra por ella.

3.ª Cuando alguno hace à otro alguna cosa señalada para que le dé otra; (en este caso tampoco ha de ser dinero lo que el segundo dé por lo que hace el primero, pues que vendria á ser alquiler ó arriendo.)

4.ª Cuando alguno hace á otro alguna cosa para que él á su vez haga otra por ella. (Dicha ley 5.)

3455 Suelen las cuatro especies espresarse en menos palabras: *doy para que dés, doy para que hagas, hago para que dés, hago para que hagas.*

3456 Pero de estas cuatro especies, que son las primitivas y generales, pueden ademas salir y combinarse otras varias, como *doy para que dés y hagas, hago para que dés y hagas, doy y hago para que dés, doy y hago para que hagas, doy y hago para que dés y hagas*; y tambien, *doy para que no dés, doy para que no hagas, hago para que no dés, hago para que no hagas, etc.*, pues que, siendo naturalmente mayor el número de los negocios y cosas que el de las palabras, fué necesario ó denotar con nombres agenos y prestados á las que no los tenian propios, ó comprenderlas en el nombre comun de su género, que es cabalmente lo que sucede en los contratos innominados.

SECCION II.

Del cambio ó permuta.

3457 El principal y mas noble de los contratos innominados es el de *permuta.*

|| Febrero prefiere llamarle *trueque*, diciendo que aunque esta palabra viene á ser sinónima de las de *cambio y permuta ó permutacion*, hay sin embargo entre ellas algunas diferencias que enseña fácilmente el uso: que la voz *permuta*, por ejemplo, se aplica al trueque de las prebendas y otras piezas eclesiásticas, y la palabra *cambio* tiene tambien sus acepciones particulares. Nosotros creemos mas conforme al lenguage de las leyes y al corriente, (que es el árbitro y soberano en esta materia) llamarle *cambio*, como le llaman las de Partida y recopiladas, ó *permuta*, segun el uso comun, particularmente en el Foro. ||

3458 La permuta precedió por mucho tiempo à la venta; pero las muchas y á veces insuperables dificultades que ofrecia la primera, asi como el desarrollo del comercio dieron nacimiento à la segunda por medio de los metales preciosos, que tácita y progresivamente fueron admitidos como representantes de todas las cosas.

3459 El *cambio ó permuta* es un contrato en el que se da y otorga una cosa señalada por otra. (Ley 1, tit. 6, Part. 5.)

Esta misma ley añade que son tres sus especies, tomàndolas del diverso modo de hacerlas y cumplirlas; nosotros omitimos està division, por estimarla inútil despues de la célebre ley 1, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop.

3460 Segun Heineccio puede bajo otro aspecto celebrarse de dos modos; ya no estimando ó no determinando el precio de ninguna de las dos cosas, ya haciendo la valuacion de ellas: en el primer caso llama *simple* al cambio ó permuta, y en el segundo *estimatorio*, teniendo al primero por semejante á la donacion, y el segundo á la compra y venta. Cuando el cambio es simple, (añade el mismo), no es forzoso que haya en él igualdad por razon de dicha remejanza, y así ninguno de los contrayentes puede quejarse de lesion, no habiendo habido fuerza, dolo ú otra justa causa para reclamarla; pero siendo el cambio estimatorio sucede lo contrario, á causa de haberse apreciado las cosas permutadas. (Elem. *jur. nat.*, lib. 1, §§. 33 y siguientes.)

SECCION III.

De los efectos de la permuta y demas contratos innominados.

3461 Los efectos de los contratos innominados no eran entre los romanos tan absolutos y eficaces como los de los nominados; la citada ley 1, tit. 6, Part. 5, hizo tambien en esto sus diferencias, segun las diversas especies y circunstancias del cambio ó permuta, y en alguna de ellas daba lugar al arrepentimiento.

3462 Pero como hoy dia, segun la ley recopilada, » de cualquier

modo que parezca que uno quiso obligarse queda obligado," no hay ya por que hacer diferencia entre estos contratos y los nominados, ni en el modo de celebrarlos, ni en sus efectos.

3463 Como en realidad de verdad el contrato de permuta no se diferencia del de compra y venta, sino que en la primera se dá una cosa por otra, y en la segunda se da la cosa por un precio cierto en dinero, es consiguiente que ambos à dos produzcan los mismos efectos y obligaciones

3464 Asi es que, en la permuta cada uno de los permutantes queda obligado en favor del otro, no solo á entregarle la cosa prometida, sino tambien á la eviccion y saneamiento de ella, y á la satisfaccion de todos los perjuicios ocasionados por la falta de cumplimiento. (Ley 4, tit. 6, Part. 5.)

3465 Por la misma razon deben manifestarse en la permuta los defectos ó tachas de las cosas permutadas; y si se encubren maliciosamente, podrá deshacerse en los mismos términos que la venta, pues una y otra se anulan por las mismas causas.

3466 Es tambien consecuencia de lo espuesto, que el riesgo de las cosas permutadas corresponda recíprocamente à aquel à quien se ha ofrecido, del mismo modo que en el contrato de venta corresponde al comprador el de la cosa vendida; por manera que si la cosa prometida en cambio perece sin hecho ni culpa del que la ofreció, y antes que éste se haya constituido en mora, quedará libre de su obligacion, sin que el otro contrayente pueda repetir la cosa dada por su parte, ni aun conceptuarse libre de la obligacion de darla, si todavía no lo ha hecho.

3467 Finalmente, deben ponerse en las escrituras de permuta las mismas clàusulas que para su firmeza suelen ponerse en las de venta.

FORMULARIO.

Escritura de permuta.

3468 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco y Antonio de tal, vecinos de ella, dijeron: que les pertenece en posesion y propiedad, al espresado Francisco, una viña y dos tierras contíguas de pan llevar, en término de esta villa y sitio llamado tal, tasadas en tantos reales, y al mencionado Antonio una casa dentro de sus muros, valuada en otros tantos reales, las que han determinado permutar; y para que tenga efecto, en la mejor forma que por derecho haya lugar, de su libre y espontànea voluntad otorgan: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores y de quien de ellos hubiere título, voz y causa en cualquier manera, se dan recíprocamente en venta real, trueque, permuta y enagenacion perpétua, el enunciado Francisco una viña con tantas cepas de viduño blanco, y dos tierras de pan llevar confinantes con ella, de tanta cabida, sitas en el término de esta villa, en donde vulgarmente llaman tal, que lindan (*aquí se pondrán sus linderos*), y estan apreciadas por inteligentes nombrados de conformidad, en tantos mil reales: y el referido Antonio, una casa sita dentro de esta villa, en tal calle (*aquí se espresarán su fábrica, pies de sitio, linderos y demas señales conducentes*), la cual se valuó por maestros arquitectos, que los otorgantes eligieron á este fin, en tantos mil reales; cuyas tierras, viña y casa declaran y aseguran no tener vendidas ni enagenadas, y que estan libres de toda carga, hipoteca, fianza y responsabilidad; y como tales se las venden y permutan mútuamente en los términos propuestos, con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos, regalías y servidumbres que han tenido, tienen, y de hecho y de derecho les corresponden y deben corresponder, sin reservacion alguna, por el mismo precio en que las han valuado los enunciados peritos, de que con ellas se dan respectivamente por contentos y pagados à su voluntad, y por no parecer de presente su entrega, renuncian &c. Asimismo declaran que la cantidad en que se han estimado las referidas fincas, es su justo precio y verdadero valor, y que no valen mas, ni hallaron quien tanto les diese por ellas; y si mas valen ó valer pueden, del mayor valor en mucha ó poca suma se hacen recíproca gracia y donacion *inter vivos* pura, perfecta, irrevocable &c. (*Proseguirá como la venta hasta el fin, y se obligarán á la eviccion de lo que cambian.*)

3469 Si las cosas que se permutan ó alguna de ellas tiene gravámen, se espresará: si interviene dinero para igualarse, ya sea por valer menos alguna de las permutadas, ó por tener sobre sí alguna carga, y

se entrega al tiempo del otorgamiento, dará el escribano fé de ello; y si no parece de presente, confesará el otorgante que lo recibió, y habérselo entregado el otro en la forma esplicada en las escrituras precedentes; y ambos declararán que con él quedan igualados, que no hay lesion, y de la que haya se harán mútua gracia y donacion irrevocable en sanidad &c.

TITULO L.

De las fianzas.

3470 Las obligaciones convencionales de que hasta aquí habemos hablado, van frecuentemente acompañadas de fianzas y de prendas para mayor seguridad del acreedor: parece por lo tanto natural hablar de estas á continuacion de aquellas. El reformador de Febrero, despues de censurar á éste por haber oscurecido una materia breve y clara en nuestra legislacion con el grande abuso que segun costumbre hizo de las leyes romanas y sus glosadores; despues de hacer igual ó mayor inculpacion al anotador del mismo, se lisongea de haber dejado reducida la doctrina de Febrero á lo dispuesto clara y terminantemente en nuestras leyes, fuera de las notas puestas por el mismo reformador. Pero no contento con ellas, pasa despues *á esponer con claridad y sin un molesto fárrago*, segun presume, *algunas doctrinas útiles sobre el mismo punto, que ó bien son conformes á dichas leyes, ó bien son consecuencias de sus principios, ó bien se conforman con la razon y reglas generales de derecho.*

Sin embargo, esto mismo produce á nuestro modo de ver una nueva confusion, porque dejando á parte la falta de claridad, precision y buena distribucion que es inseparable de Febrero, mientras que se le tome por guía y se le conserve su nombre, no todo lo dejado por su reformador es doctrina pura ó disposicion testual de nuestras leyes; hay ademas en ello su mezcla de opiniones, y como el reformador emite por separado y en lugar distinto las suyas, resulta que se trata de un mismo punto dos veces sin referencia entre sí, y es necesaria mayor atencion para recordarlos y compararlos. Nosotros creemos que será menos trabajoso para el lector ver á continuacion de la doctrina espuesta por Febrero lo dicho sobre el mismo punto por su reformador, sin perjuicio de añadir tambien nosotros lo que nos parezza de alguna utilidad y de uso frecuente. Cierto es que puede emprenderse un trabajo nuevo en el que se gane mucho por el órden, claridad y concision, sin omitir cosa alguna útil en teòrica ni en práctica; pero esto será, *Deo favente.*

SECCION I.

Que sea fianza; cómo se haga; quiénes puedan ó no ser fiadores

3471 La *fianza* es un contrato por el cual se obliga uno à pagar la deuda ó cumplir la obligacion de otro, si éste no lo hace: es por lo tanto accesorio de otro principal.

3472 *Fiador* quiere decir hombre que dà su fé y seguridad, y promete á otro hacer alguna cosa por ruego ó mandato de aquel en cuyo favor hace la fianza. (Ley 1, tit. 12, Part. 5.)

|| Aunque lo regular es que se haga à ruego ó por mandato del deudor, no es de necesidad. ||

3473 La fianza puede hacerse en carta, escritura, de palabra, entre presentes y entre ausentes. (Leyes 6, tit. 12, Part. 5; y 1, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop.,) || Esto es comun á todas las obligaciones. ||

3474 Pueden ser fiadores todos los que pueden obligarse eficaz y civilmente, y no estan especialmente prohibidos de serlo.

3475 Lo estan los obispos (y antes lo estaban los religiosos, clérigos regulares y sus prelados) y *los caballeros de la mesnada del rey que reciben soldada del rey é bien fecho dél*, especialmente de arrendadores ó recaudadores de rentas reales. (Leyes 45, tit. 6, Part. 1; y 2, tit. 12, Part. 5.)

|| La prohibicion impuesta á los militares ha sido copiada del derecho romano, pero no la creemos en observancia. ||

3476 Los clérigos de órden sacro estan igualmente prohibidos de fiar sino por otros clérigos, iglesias ó personas miserables y desvalidas: fiando por otras personas, solo valdrá la fianza en cuanto importen sus bienes patrimoniales, y no mas, si bien sus prelados podràn castigarlos por haberlo hecho. (Ley 45, tit. 6, Part. 1.)

3477 Los labradores no pueden fiar sino á otros que lo sean, y si lo hacen, es nula la fianza. Tampoco pueden obligarse como principales ni fiadores de los señores en cuya jurisdiccion viven; si se obligan, á mas de no valer la obligacion, aunque renuncien las leyes que les favorecen, debe perder su oficio el escribano que la autoriza. (Leyes 6 y 7, tit. 11, lib. 10; y 15 y 16, tit. 31, lib. 11, Nov. Recop.)

|| No teniendo hoy jurisdiccion los señores, deberà cesar esta prohibicion en lo que tiene de especial contra ellos. ||

El reformador pone la siguiente nota: «Como las leyes solo prohiben á los labradores la fianza, parece que podràn obligarse como pagadores principales por cualquiera persona fuera de su señor, y que el escribano no incurrirá en pena por autorizar esta obligacion; pero como es mas perjudicial para ellos que la mera fianza, por poder ser demandados antes que el deudor principal, aconseja el autor al escribano que no la autorice para evitar pleitos sobre su validacion ó nulidad.»

3478 Valen sin embargo las fianzas de los labradores para asegurar los intereses de la hacienda pública. (Ley 8, tit. 11, lib. 10, Novísima Recop.)

3479 La muger no puede ser fiadora, como ya hemos espuesto en el núm. ; pero su fianza será válida en los casos siguientes:

1.º Si lo hace por razon de dote, por ejemplo, en favor de aquel que la ofrece á otra muger para casarse.

2.º Si fia sabiendo que le está prohibido ser fiadora, y cerciorada del ausilio legal lo renuncia de su espontànea voluntad.

3.º Si permanece en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renueva, ó entrega prenda al acreedor para seguridad de su crédito.

4.º Si recibe precio por ser fiadora.

5.º Si se viste de varon, ó hace otro engaño para que la admitan

por fiadora, creyendo que es varon, porque las leyes favorecen á los engañados, no á los engañadores.

6.º Si fia á quien la fió, ó por su utilidad ó cosas propias, ó en otra manera semejante.

7.º Si heredó los bienes del mismo por quien salió fiadora. (Ley 3, tit. 12, Part. 5.) (La prohibicion de las mugeres para fiar desaparece con sola la escepcion 2.ª por la que se les permite renunciar.)

8.º Si fia por su marido en favor de las rentas reales; porque cuando algun casado las toma en arrendamiento, ó quiere fiar por el arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene sobre los bienes de su marido.

|| La emancipacion de un menor no le habilita para obligarse como fiador, y aun al que ejerce un cargo á virtud de dispensa de edad puede restituírsele contra una fianza que hubiese hecho, si no es que fuere relativa al desempeño de su cargo. Igualmente un menor mercader no puede hacerse fiador de otro mercader, porque como tal solo por los negocios de su comercio puede contraer sin esperanza de restitucion. El único caso en que es válida la fianza de un menor, es cuando la otorga para sacar à su padre de prision, mediante à que entonces cumple con un deber prescrito por la naturaleza; si bien esto ha de entenderse no pudiendo el padre obtener su libertad por medio de la cesion, ó no ocasionándose un perjuicio considerable en los bienes ó caudal del hijo: (*Reformador de Febrero.*) ||

|| Sobre la capacidad por razon de la edad para ejercer el comercio y consiguiente obligacion: véanse los artículos 3 y siguientes del Código de Comercio. ||

SECCION II.

Especies de fianza, y quién esté obligado á darla.

3480 La fianza puede ser convencional, legal ó judicial.

Convencional es la que procede de pacto ó convencion entre las partes: legal, la que se dá á virtud de la disposicion de la ley, como en la tutela y en el usufructo; judicial, la que se dá en ciertos casos por sentencia ó decreto del juez.

3481 El que contrajo simplemente una obligacion sin espresar que daría fianzas, no puede ser compelido á darlas à no sobrevenir alguna justa causa al prudente arbitrio del juez, como si antes de vencerse el plazo ó dia del pago fuere notoriamente á menos en sus bienes el deudor que era idóneo al tiempo de contraer la obligacion.

3482 El obligado á dar fiador no cumple ó satisface con dar prenda, porque no puede darse al acreedor una cosa por otra contra su voluntad, y debe imputarse á sí mismo el haberse impuesto espresamente aquella obligacion. Y aunque parece que es mayor seguridad la de la prenda, como que ecsiste en la cosa, que la de la fianza que recae en la persona, sin embargo, tambien puede perecer ó desaparecer la prenda, y entretanto se grava al acreedor con su custodia: de todos modos, no puede dársele una cosa por otra contra su voluntad.

3483 Si el obligado á dar fiador diò por tal á uno que segun las leyes no podia serlo por su incapacidad ò prohibicion legal, puede ser compelido á dar otro, porque la fianza fué nula desde su principio, como lo es todo lo que se hace contra leyes prohibitivas; pero no si diò por fiador á un hombre de pocas facultades y el acreedor se contentò con él, porque aquel no está prohibido de ser fiador, y éste debe imputarse el haberle admitido sin asegurarse antes del estado de su fortuna.

3484 Cuando el obligado por pacto à dár fiador lo dió idóneo ó de suficientes facultades en un principio, y éste vino despues à peor fortuna, no puede ser compelido á dar otro; pero lo serà cuando la obligacion de darlo proceda de la ley ó mandato judicial.

3485 El obligado á dar fiador, por cualquier título que sea, cumple con darlo cuando se le pide sin caer en mora, y no está obligado á ofrecerlo espontáneamente.

|| Lo hasta aquí espuesto ha sido tomado de las leyes romanas y de sus intérpretes, que podrán consultar nuestros lectores cuando ocurra el caso y apreciar sus razones: el reformador de Febrero sobre la especie del número penúltimo dice lo siguiente: «Cuando muere ó se hace insolvente un fiador legal ó judicial, hay obligacion de dar otro, porque en este caso el acreedor debe tener siempre una seguridad para el pago de lo que se le debe; pero siendo convencional el fiador, solo habrá dicha obligacion habiéndose obligado el deudor indeterminadamente á dar un fiador, no cuando prometió dar por fiador á determinada persona.»

No sabemos de donde sacó el reformador esta doctrina, y menos la relativa à la muerte del fiador, cuando es de derecho elemental en todas las obligaciones, que pasen á los herederos del obligado, y por lo mismo pasan los efectos y consecuencias de la fianza. Ni tampoco alcanzamos los fundamentos de la distincion que hace respecto del fiador convencional cuando llega á estado de insolvencià, ó decae en su fortuna: en derecho romano es incuestionable que el deudor en ningun caso puede ser compelido á dar otro; en el código francés, por razones que espondremos mas adelante, y que nos parecen tan conformes á equidad como á la naturaleza y fines de la fianza, se dispone lo contrario, menos en el caso que el acreedor ha ecsigido por fiador à determinada persona. La doctrina del reformador parece inclinarse á la disposicion francesa, y sin embargo no es la misma, porque hay grande diferencia entre ofrecer el deudor por fiador á determinadà persona ó ecsigirla el acreedor: repetimos pues, que no vemos de dónde ó de qué derecho haya podido tomarla el reformador. ||

SECCION III.

Sobre qué contratos ú obligaciones puede recaer la fianza.

3486 Pueden darse fiadores sobre todas las cosas ó contratos en que pueden obligarse los hombres; y no solo cuando la obligacion es natural y civil á un tiempo, de suerte que el deudor puede ser apremiado en juicio, sino tambien cuando es tan solamente natural; en

cuyo caso, aunque el deudor principal no pueda ser compelido judicialmente, podrá serlo su fiador. (Ley 5, tit. 12, Part. 5.)

3487 De consiguiente, si alguno sale por fiador de otro menor de veinte y cinco años á quien se engaña sobre aquello á que se refiere la fianza, no quedarán obligados ni el menor ni su fiador en cuanto monte el engaño; pero si no lo hubiere, aunque el menor puede por razon de su edad invalidar ó rescindir el contrato sobre que recayó la fianza, como hecho en su perjuicio, el fiador queda sí obligado, y puede apremiársele al cumplimiento de la promesa, sin que pueda repetir del menor lo que pague por él (ley 4, tit. 12, Part. 5): (porque hubo una obligacion natural, y porque, aunque la hubiera civil por haberse contraido con intervencion del curador, el beneficio de la restitucion por la menor edad, no aprovecha á los fiadores: otra cosa seria si el menor obtuviese rescision del contrato por lesion en mas de la mitad del justo precio.)

|| Es una mácsima cierta, dice el reformador de Febrero, que puede darse fiador por todos los que pueden obligarse válidamente, y aun por una herencia yacente ó vacante, la cual se considera en el derecho como una persona; y asimismo por los pupilos, locos, dementes y pródigos privados de la administracion de sus bienes, en las cosas por las que estas personas pueden quedar tambien obligadas eficazmente sin ningun hecho de su parte; pero si se obligan contrayendo directamente, á pesar de su incapacidad legal, serán nulas las fianzas que den, por no poder haberlas sin una obligacion principal.

Tambien es mácsima cierta que puede darse fiador por toda especie de obligacion civil y natural, como no la reprueben las leyes ni sea contraria á las buenas costumbres. De aquí es que no puede darse fianza por la promesa hecha á alguno para que cometa un delito, aunque ya cometido puede darse válidamente para la indemnizacion del perjuicio causado.

Puede darse fiador no solo por una obligacion principal, sino tambien por otro fiador; y asimismo se admite la fianza por hechos personales, que solo el deudor principal puede prestar; mas en este caso la obligacion del fiador se reduce á la satisfaccion de daños é intereses originados de no cumplir con la suya el deudor. ||

|| Nosotros no podemos menos de recordar aquí lo espuesto en la seccion 5.ª del título 38 sobre las personas que pueden obligarse, y sobre los pactos y obligaciones prohibidas; téngase presente que la fianza es una obligacion accesoria y subsidiaria de otra principal, y que donde no hay ésta ò es nula, que viene á ser lo mismo, mal podrá subsistir aquella. Pero como para la accesion y firmeza de la fianza basta una obligacion natural con tal que no sea de las odiosas y reprobadas por las leyes, por ejemplo, el préstamo hecho al hijo de familias, no podemos convenir con el reformador de Febrero en lo que dice acerca del pupilo, suponiendo, como debe suponerse, que este sea mayor de siete años.

Por derecho romano era nula la fianza dada en la obligacion hecha por el pródigo, pues que éste en cuanto á obligaciones y administracion de sus cosas era absolutamente equiparado al loco ó furioso; pero el pupilo mayor de siete años que contraia sin la autoridad ú otor-

gamiento de su tutor, quedaba obligado naturalmente para el efecto de poder dar fiadores y quedar éstos obligados civilmente.

La ley 4, tit. 11, Part. 5 compara al pupilo infante ó menor de siete años con el loco ó desmemoriado, y no podia menos de ser así; en ellos no cabe obligacion ni aun natural, por su absoluta falta de conocimiento.

Podria sospecharse que dicha ley quiere equiparar con estos al pupilo mayor de siete años y menor de catorce porque le pone en seguida y en el mismo período; pero en los siguientes se espresa con toda claridad y hace notabilísimas diferencias, viniendo á igualarle enteramente con el mayor de catorce años que tiene curador. Uno y otro contrayendo sin el otorgamiento de su respectivo tutor ó curador, pueden mejorar, mas no empeorar su condicion; el otro contrayente les queda obligado, y ellos nó sino en cuanto se hicieron mas ricos; y es claro que esto debe entenderse de la obligacion civil, que es de la que habla la ley, porque respecto de la natural no podia haber duda hablándose del mayor de catorce años, y poniendo en el mismo caso al mayor de siete.

La siguiente ley 5, tit. 11, Part. 5, equipara al pródigo con el pupilo mayor de siete años, segun se infiere evidentemente de su contesto, pues dice que aquel no quedará obligado sino en la manera que éste, y no cabe obligacion de ninguna especie en el pupilo menor de siete años.

Sacamos de lo espuesto, que el pupilo mayor de siete años y el menor de veinte y cinco, pero mayor de catorce, que contraen sin la intervencion de su tutor ó curador, quedan obligados naturalmente: que su obligacion es susceptible de fiadores, y que estos podrán ser apremiados judicialmente, aunque no puedan serlo el pupilo y el menor; y que lo mismo habrá de decirse del pródigo judicial, puesto que la citada ley 5 los equipara.

Respecto del mayor de catorce años que no tiene curador, no puede haber la menor duda, porque la misma ley 5 dice que vale su promesa y obligacion, ó lo que es lo mismo, queda obligado civilmente, salvo empero el beneficio de restitucion, cuyos efectos no alcanzan ni aprovechan al fiador, segun habemos dicho arriba: es decir, que en este caso se observa lo mismo que cuando el pupilo y menor contraen con intervencion del tutor y curador dando ademas fiadores; habrá obligacion civil contra la que en cierto caso competerá el beneficio de restitucion, sin que sus resultados trasciendan á los fiadores. ||

|| La fianza puede acompañar à la obligacion pasada, presente ó futura, y aun á la de deudas inciertas é ilíquidas, como sucede en la de pagar lo juzgado y sentenciado, en la de la tutela y otra cualquiera administracion; pero no puede recaer sobre una obligacion ya prescrita, ó de cosa imposible, porque en ambas falta la principal, y no puede por lo tanto haber accesoria. ||

SECCION IV.

Si el fiador puede obligarse á mas de lo que se obliga el deudor principal.

3488 El fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal, y de lo contrario no vale la fianza en el esceso: éste puede ser de cuatro maneras.

1.ª Cuando se obliga á pagar mas cantidad que la que debe el principal.

2.ª Cuando se obliga el deudor á satisfacerla en lugar determinado, y el fiador en otro que le es mas gravoso é incómodo; pero si le fuere mas cómodo, valdrá la fianza.

3.ª Cuando el deudor se obliga á pagar á cierto tiempo, y el fiador à plazo ò tiempo mas breve.

4.ª Cuando el principal se obliga á pagar bajo alguna condicion, y el fiador sin ella ò puramente. (Ley 7, tit. 12, Part. 5.)

|| Sobre este punto dice el reformador lo siguiente: «Como la ley 1, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop., dispone espresamente que de cualquiera manera que parezca que una persona quiso obligarse à otra, quede obligada, parece que será válida la obligacion del fiador en los casos espresados: mas por otra parte parece tambien que, hablando la citada ley 7 de Partida de casos particulares, no debe entenderse derogada por la ley Recopilada que habla en términos generales.» A nosotros nunca nos ha ocurrido tal duda, porque no puede suponerse, ni aun soñarse accesorio sin principal, y precisamente se verificaria este absurdo é imposible, si valiera la fianza en el esceso: la ley Recopilada ni comprendiò, ni de mil leguas aludiò á este caso; quiso desterrar dudas y sutilezas del derecho romano; consultó la sencillez y la equidad ò justicia natural: no engendró absurdos é imposibles. ||

3489 Por el contrario, el fiador puede obligarse á menos que el deudor principal, como menos gravoso y còmodo le parezca, por toda la deuda ó parte de ella, puramente, á dia cierto ò bajo condicion, y como ya se ha dicho, antes que se obligue el deudor principal, ò bien al mismo tiempo y aun despues, porque de todos modos permite el derecho que se hagan las fianzas. (Ley 6, tit. 12, Part. 5.)

|| Puede asimismo pagar el débito con bienes del deudor, cuando los tenga en su poder, ò cuando aquel esté insolvente y tema ser encarcelado, si el deudor no paga, sin que incurra en pena, ni cometa hurto ni violencia, porque no interviene dolo ni fraude de su parte: (*nota del reformador de Febrero*, que estaria mejor al tratarse de las obligaciones y pago del fiador.)

El mismo reformador añade en otra parte: «La obligacion del fiador no puede estenderse á mas de la cantidad ó causa espresada en su fianza, por cuya razon si la cantidad produce intereses, no estará obligado á ellos á menos que se hayan mencionado, ò que la fianza sea general; ni tampoco será responsable de los daños é intereses que provengan de una causa estraña á la fianza. Así, por ejemplo, el fiador de un administrador de la hacienda pública está obligado al reembol-

so de las cantidades que éste hubiese hurtado; pero no á la satisfaccion de las multas que se le impongan por su prevaricacion. ||

3490 Para conocer hasta donde se estiende la obligacion del fiador, es necesario ecsaminar escrupulosamente las palabras de la fianza. Cuando estas son generales é indefinidas, se cree gravado el fiador con todas las obligaciones del deudor principal dimanadas del contrato á que el fiador ha accedido. La fianza de un arrendador hecha en términos generales por su arrendamiento, no solo comprende el pago de la venta estipulada, sino tambien la satisfaccion de los daños causados en la heredad arrendada, la restitucion de las cantidades anticipadas y otras cosas semejantes.

3491 Pero cuando el fiador ha espresado la cantidad ó causa porqué se constituye tal, no puede pasar de aquí su obligacion, y por lo tanto quien fia à un arrendador solo por el precio del arrendamiento, no es responsable por otras obligaciones anejas à éste. (Por punto general la fianza es de estrecha y rigorosa interpretacion, y no debe estenderse à mas de lo que se ha espresado, ó al menos resulta comprendido en el espíritu y sentido de las palabras de la misma fianza: así, el que fió á un tutor por razon de la tutela, no queda obligado por lo que haya hecho fenecida aquella.)

3492 En una fianza general el fiador se halla obligado por la suerta principal y aun por los intereses que produce; mas no por estos, si solo por aquella se ha dado la fianza. (La razon es, porque el que fia ó accede simplemente á la obligacion agena, se entiende responsable de todo lo que nace de la misma obligacion, puesto que nada quedó esceptuado en la fianza.) Tambien se estiende ésta á los gastos hechos contra el deudor principal, por ser cosa accesoria de la deuda; mas el fiador solo está obligado á ellos desde el dia en que se le notificó el procedimiento judicial. Tampoco se halla obligado el fiador al pago de las multas en que el juez condenó al deudor por dolo, fraude ó contumacia.

|| La ley 7, tit. 12, Part. 5, ha fijado una cuestion muy agitada y dudosa en derecho romano, á saber: si obligándose el fiador á mas que el deudor principal, era enteramente nula la fianza, ó tan solo en cuanto al esceso: la resolucion de aquella ley es muy conforme á equidad, porque en lo mas está siempre lo menos. En las leyes romanas pueden verse varios ejemplos sobre cuándo deba tenerse por mas dura la causa del fiador que la del deudor principal: indicaremos solamente los relativos á las condiciones.

Si el deudor principal se obliga bajo condicion, el fiador no puede obligarse puramente, segun dejamos espuesto con arreglo á la citada ley 7.

Si se obliga el deudor bajo una sola condicion, no puede el fiador obligarse bajo la misma y otra distinta disyuntivamente, porque así, el primero solo quedará obligado al pago en un caso, y el segundo en dos; sin embargo, se creyó que ecsistiendo primeramente la obligacion comun, quedaría obligado el fiador; y segun nuestra ley de Partida debe quedarlo cuando quiera que ecsista la dicha condicion comun, porque siempre queda obligado à lo menos.

Por el contrario, se tiene por menos dura la causa del fiador

cuando en el caso anterior se le ponen las dos condiciones conyuntivamente, porque es necesario que ecsistan ò se cumplan las dos para que él quede obligado, y el deudor principal puede quedarlo ecsistiendo una sola de ellas.

Obligàndose el deudor y el fiador bajo diferentes condiciones, se distinguian dos casos: si ecsistia antes la condicion puesta al deudor, y despues la puesta al fiador, quedaba éste obligado, porque se reputaba en este caso que el primero se habia obligado puramente, y el segundo bajo condicion, lo que puede hacerse por serle mas favorable.

Pero si ecsistia primero la condicion puesta al fiador, no surtia efecto alguno la fianza, aunque ecsistiese despues la impuesta al deudor principal, por la razon contraria de reputarse para en este segundo caso la obligacion del fiador, y condicional la del deudor: estos y otros muchos ejemplos pueden hacer sospechar que los jurisconsultos romanos tenian algo de casuistas. ||

SECCION V.

De las obligaciones del fiador.

3493 Los contratos reciben la ley de las convenciones ó pactos justos de los contrayentes; y así los fiadores pueden obligarse simplemente, que es á prorata, ó cada uno por el todo, y como tales fiadores ó como pagadores principales.

3494 Si se obligan simplemente como fiadores, pagarán á proporcion la parte que les toque; obligándose por el todo, *in solidum*, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere, por el todo, ó á prorata à su eleccion; y pagándole uno enteramente, quedan libres para con él todos los demas; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total satisfaccion de la deuda. (Ley 8, tit. 12, Part. 5.)

|| Mucho se ha escrito y disputado sobre lo que en estas pocas líneas encierra Febrero, y lo peor es que todavía *sub judice lis est.* En el antiguo derecho romano los fiadores, aunque se obligáran simplemente, quedaban obligados al todo por la sencilla razon de que el fiador representa al deudor principal, y precisamente se obliga á pagar para cuando éste no lo haga.

Pero como la fianza es, generalmente hablando, un contrato de beneficencia, pareció humano y equitativo conceder à los fiadores el beneficio de division, mediante el cual cada uno debia ser demandado à prorata, estando presentes y en estado de solvencia: el acreedor no tenia de qué quejarse, pues siempre conseguia el pago, que era lo único que le interesaba.

Segun la citada ley 8, siendo dos ò mas los fiadores, si cada uno se obliga por el todo de la deuda, puede ser demandado por el todo; obligándose simplemente, à ninguno de ellos podrá pedirse mas de cuanto le cupiere de su parte, salvo que la del fiador pobre é insolvente recaiga sobre los demas proporcionalmente.

En la ley 10 del mismo título se dispone, que obligándose

muchos de só uno, é cada uno por todo, no puede el acreedor demandar à uno solo por el todo, si los demas están presentes y en estado de pagar

Ultimamente, la ley 10, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop., mas espresa y terminante que las anteriores, y dirigida á remover toda duda y disputa, ordena, que obligándose dos personas simplemente en contrato ó en otra manera alguna para hacer ó cumplir alguna cosa, se entienda por este mismo hecho ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dijese que cada uno sea obligado *in solidum*, ò entre sí en otra manera fuere convenido é igualado, no embargante cualesquier leyes del derecho comun que contra esto hablan.

El señor conde de la Cañada, núm. 19, cap. 8, part. 2 de su Juicio civil, despues de citar la ley 8 de Partida y la 10 Recopilada, añade: «Para quitar toda duda se esplicaron las citadas dos leyes con la restriccion de que solamente se entendiese cada uno obligado por el todo, cuando lo espresasen en sus convenciones; pero si estos obligados *in solidum* renunciasen en el mismo contrato el beneficio de la division, queriendo que el acreedor pueda ecsigir de cada uno el todo de la deuda, entonces no podrán usar de este ausilio, porque resultaria y cederia en daño del acreedor, y se caeria en el inconveniente de abrigar el dolo y mala fé de los que vienen contra su propio hecho;» se vé pues, que en sentir del autor, aun los obligados *in solidum* gozan del beneficio de division à menos de haberlo renunciado espresamente.

Sala en su Ilustracion al Derecho Real, refiere las opiniones encontradas de los autores regnícolas y se inclina à la de Acevedo, segun la cual debe entenderse la ley Recopilada, tanto de los fiadores, como de los deudores principales ò co-reos de deber, y que cuando se obligasen *in solidum*, puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, sin que pueda oponer la escepcion ò beneficio de la division, aunque ambos hubiesen presenciado la obligacion, siendo solventes (núm. 11, tit. 16, lib. 2). En el núm. 10, tit. 17, tocando el mismo punto, dice: «Creemos que ahora, atendida la ley Recopilada, la doctrina del beneficio de la division podrá cuando mas tener lugar en el caso que los fiadores se hubiesen obligado espresamente *in solidum*; y aun para entonces tenemos por mas probable que no lo tiene; porque toda vez que, despreciando el beneficio de dicha ley 10 de quedar solamente obligados por la mitad cuando se obligaban simplemente, quisieron espresamente obligarse *in solidum*, parece fué su voluntad privarse de tener recurso alguno para intentar recobro contra sus compañeros, y que fué tambien esta la intencion del acreedor. Escogerá el prudente lector la opinion que le parezca mas conforme.»

Nosotros no podemos menos de aplaudir é imitar la modesta imparcialidad de Sala; pero nuestra humilde opinion no solo es conforme con la suya, sino que llevamos mas adelante las consecuencias de la ley Recopilada. Negamos absolutamente el beneficio de division à los fiadores y deudores principales cuando se obligaron *in solidum*; los ecsimimos de toda responsabilidad por la ausencia ó insolvencia de sus compañeros, cuando se obligaron simplemente. En el primer caso, nada tienen que alegar à su favor, se ecsige de ellos el todo, porque asi lo quisieron al obligarse à instancia del acreedor, que probablemente no

habria entrado en el contrato sin esta condicion y garantía: en el segundo, la obligacion se divide *ipso jure* por mitad ó á prorata entre todos, y cada uno solo queda obligado por su parte respectiva. Esta es la disposicion de derecho; esta fué la voluntad de los contrayentes, que es la suprema ley en las convenciones. ¿Por qué pues se ha de alterar y agravar la primitiva obligacion so color de un hecho estraño, á saber, la ausencia ó insolvencia de otro, en que ninguna parte ni culpa tiene el que está presente y paga la parte á que únicamente se obligó? Cúlpese á sí mismo en tal caso el acreedor que no ecsigió de todos la obligacion *in solidum*, ò no ecsaminó con mas atencion la fortuna y buena fé de todos los obligados. A esta nuestra opinion es consiguiente, que si uno de los obligados simplemente paga mas de su parte, se halle en el caso del que pagó lo que no debia, ó mas de lo que debia. ||

3495 Si á dar ó á hacer algo se obligan muchos de mancomun y cada uno por todos, constituyéndose deudores principales, como todos se hallen en el pueblo, no puede el acreedor pedir toda la deuda à uno, aunque cada uno de ellos se hubiese hecho fiador ò deudor por el otro, pues cada uno solamente debe ser apremiado por su parte, teniendo todos con que pagar y estando en el pueblo, y de lo contrario los ricos y presentes satisfarán toda la deuda, sean uno, dos ó mas, (Ley 10, tit. 12, Part. 5.) (Téngase presente que en el número anterior disentimos de esta doctrina de Febrero fundándonos en la ley Recopilada.)

|| Sin embargo, cuando uno de los fiadores ò deudores obligados *in solidum* muere dejando muchos herederos, aunque puede reclamarse por entero de todos ellos juntos, no podrá cada uno ser demandado sino en proporcion ò à prorata de la parte en que es heredero, con tal que lo que se reclama admita division. Asi, por ejemplo, siendo cuatro los fiadores *in solidum* por una deuda de ciento, si uno de ellos muere con un solo heredero, no hay duda en que éste podrá ser reconvenido por los ciento, como podia serlo el fiador à quien heredó; pero si son cuatro los herederos y por iguales partes, no podrá reclamarse de cada uno de ellos sino la cantidad de veinte y cinco, porque las acciones hereditarias, sean en pro ò en contra, se dividen *ipso jure* entre los coherederos. ||

SECCION VI.

De los beneficios que corresponden al fiador, y señaladamente del de órden ó escusion.

3496 Comunmente se dice que corresponden al fiador tres beneficios: el de division, el de órden ó escusion, y el de cesion de acciones.

3497 El de division consistia en que el fiador reconvenido por el acreedor para la paga del todo, podia pedir que se dirigiese contra todos y se dividiese entre ellos la obligacion, hallàndose en estado de pagar, por manera que él no fuese compelido sino al pago de su parte; pero en la seccion anterior habemos consignado nuestra opinion de que en ningun caso puede hoy dia tener lugar este beneficio; y con esta reserva debe entenderse lo que luego copiaremos del reformador de Febrero.

3498 El de órden ó escusion consiste en que el fiador demandado por el acreedor puede precisar á éste à que demande primero, y escuta ó ejecute los bienes del deudor principal para hacerse pago: oigamos á Febrero.

«El deudor principal ha de ser reconvenido primero que los fiadores, contra los cuales ha de procederse no pudiendo aquel hacer el pago; y si por no estar el deudor en el pueblo se demanda á los fiadores, podrán pedir plazo para presentarlo, y el juez debe concederles el que le parezca suficiente; mas si dentro de este no se hace la presentacion, cada uno pagará su parte, ó los ricos por los pobres, ó uno por todos segun lo antes espuesto (ley 9, tit. 12, Part. 5.)» (Téngase presente que habemos discutido de Febrero en esta última parte.)

Su reformador añade á esto en otro lugar. «Como un fiador no debe pagar mientras que pueda hacerlo el deudor principal, si en tal estado se demanda al fiador, tiene derecho para pedir la escusion, esto es, que el acreedor antes de apremiarle averigüe la solvencia ó insolvencia del deudor, lo cual debe solicitar el mismo fiador por no corresponder al juez mandarlo de oficio; aunque si el fiador contesta sustancialmente á la demanda sin ecsigir la escusion, se imposibilita de proponerla despues.»

«Sin embargo, podrá el fiador proponer la escusion cuando durante el pleito haya adquirido bienes el deudor, pues debe presumirse que no la pidió antes, por estar cierto de que el deudor no tenia entonces con que pagar.»

«La escusion consiste en el embargo y ejecucion de bienes muebles, y si no los hay, la justificacion suple y hace las veces de escusion. Despues de lo uno ó lo otro el acreedor no tiene obligacion de hacer averiguacion sobre los bienes inmuebles del deudor, hasta que el fiador le haya indicado todos aquellos de que tenga noticia, lo cual ha de hacer en una sola indicacion, para que no se retarde el pago con indicaciones sucesivas. Pero como una escusion sobre los bienes raices ecsige cantidades considerables, debe el fiador suministrarlas; si bien no ha de recaer la escusion cuando ha de ser larga y dificil, ni cuando recaiga sobre bienes litigiosos, gravados sobre manera con hipotecas ó situados fuera del reino.»

«Aunque el acreedor haya despreciado la escusion, y despues de haberse propuesto esta haya llegado á ser insolvente el deudor, no perderá su derecho de reconvenir al fiador; pues teniéndole, solo debe inquietarse por las facultades del fiador, á quien incumbe velar sobre si el deudor se halla siempre en estado de cumplir su obligacion.»

«Otra cosa seria si hubiese salido por fiador de lo que el acreedor no hubiese podido cobrar del deudor, porque entonces se podria hacer cargo al acreedor de no haber hecho cuanto estaba en su mano para conseguir el pago.»

3499 La escusion no tiene lugar cuando se ha renunciado; pero esta renuncia ha de ser espresa y formal, sin que basten las cláusulas de estilo que ponen los escribanos en sus actos ò escrituras.

3500 Aunque la escusion no ha de proponerse despues de la contestacion formal de la demanda, parece que aun despues de ésta se puede oponer la escepcion de division, en cuya virtud el fiador recon-

venido por el todo de la deuda pide con razon que solo se le reconvenga por su parte, y se proceda por las demas contra sus compañeros.

3501 La razon de diferencia consiste en que la escepcion de escusion es dilatoria, y la de division perentoria. Por lo que la de escusion y division cesan cuando los fiadores se han obligado *in solidum* con el deudor principal, ó entre sí mismos. La espresion *in solidum* ó *en todo* equivale á una renuncia formal de todos los derechos que conceda la ley respecto á este punto. (Sobre el beneficio recordamos nuevamente lo dicho; si no tiene lugar en el caso de ser solidaria la obligacion, tampoco lo tendrá en el caso contrario, porque nadie queda obligado sino por la mitad, ó á prorata.)

|| En todo lo dicho hasta aqui por el reformador ni se citan leyes patrias, ni aun autores de que haya tomado sus doctrinas; parte de ellas son de orígen romano, y alguna evidentemente francesa. De todos modos, se echa de ver en esta materia un gran vacío segun nuestras leyes patrias; mas por otra parte, abierta la puerta á la renuncia de este beneficio, como no puede menos de estarlo, viene ya á ser inútil todo lo dicho y cuanto pueda decirse, porque no hay escritura de fianza en que no se estampe la tal renuncia. Y en vano será decir con el reformador que la renuncia ha de ser espresa y formal, y que no bastan las cláusulas de estilo que suelen poner los escribanos, porque es muy arbitrario, y hasta imposible hacer esta distincion; fuera de que apenas puede darse cosa mas espresa, formal y aun redundante que lo que el reformador llama cláusulas de estilo: seguimos no obstante su ejemplo en cuanto á la amplificacion de doctrinas, advirtiendo para inteligencia de nuestros lectores, que las tomamos del derecho romano y de respetables glosadores del mismo.

El beneficio de órden ó escusion, como medida general à favor de los fiadores, tuvo por autor á Justiniano; antes lo tenian tan solo en cierto caso, y se concedian aun á los que no eran tales fiadores. Cuando, por ejemplo, eran dos ó muchos los tutores, y de comun acuerdo se encargaba la administracion de la tutela á uno solo de ellos; si acabada aquella eran reconvenidos por el pupilo, podian oponerle el beneficio ó escepcion de órden, y obligarle á que escutiese antes al que habia administrado, hallándose en estado de pagar. El señor Conde de la Cañada reconoce todavía este derecho á los tutores en el caso mencionado: veánse los números 25, 26 y 27, pág. 367 de su tratado del Juicio civil, donde dice: «Los tutores pueden ser reconvenidos *in solidum*, aunque distribuyan entre sí la administracion de los bienes, ó la encarguen á uno solo; pero gozan del beneficio de órden ó escusion, del de division y cesion de acciones.”

Como esta escepcion es puramente dilatoria, pues que escutido ya el deudor principal, todavía puede el acreedor repetir del fiador todo lo que no haya cobrado del deudor, debe oponerse antes de la contestacion del pleito.

Si hecha la escusion en el deudor, se hubiere contestado el pleito con el fiador, por lo que no pudo cobrarse del primero, aunque este venga entonces á mejor fortuna, no puede el fiador oponer nuevamente el beneficio de órden; pero sí cuando todavía no se ha

contestado el pleito, y consta evidentemente que el deudor ya escutido se ha hecho rico, habiendo, por ejemplo, recaido en él una pingüe herencia.

No puede oponerse la escepcion de órden estando ausente el deudor principal, ni aun cuando vuelva despues de contestado el pleito por el fiador; aunque en este segundo caso opinan en contrario algunos autores.

Hay tambien discordancia sobre si bastarà que el acreedor escuta ó ejecute los bienes del deudor sitos en el territorio jurisdiccional del juez que conoce de la causa, ó si habrà tambien de ejecutar los sitos en otras jurisdicciones; y comunmente se opina que habrà de ejecutar unos y otros, porque es fàcil hacerlo por ecsortos ó requisitorios.

Cesa el beneficio de órden en la fianza de pagar lo juzgado y sentenciado, y cuando se ha renunciado especialmente á él, porque la renuncia general no quita esta ni otra alguna escepcion, aunque se diga que en el todo está la parte, y en lo general lo particular.

Pero no es necesario que la renuncia sea espresa, ni debe confundirse la renuncia tácita con la general. Pues como las mas veces tenga la misma fuerza lo tácito que lo espreso, y en otras muchas cosas hayan sido admitidas las renuncias igualmente que las tácitas convenciones, no hay razon por qué los fiadores no puedan tambien renunciar tàcitamente este beneficio, como sucede cuando se obligan como principales por toda la deuda. Pues siendo cierto en derecho que el deudor principal, como tal, no goza del beneficio de órden, seria necesario ó que la profesion ahincada y específica del fiador sobre querer obligarse como principal, no surtiera efecto alguno, ó si lo surtia, que no pudiera usar de tal beneficio de órden, para que las palabras denotativas de una cosa específica no sean hueras en el contrato, y se tengan por no puestas.

Hay sin embargo casos en que no perjudica ni aun la renuncia espresa de este beneficio; tal es cuando uno sale fiador por lo que el acreedor no pudiere cobrar de otro, ó vendiendo la prenda que recibió; el fiador entonces viene à ser un deudor condicional, y es preciso que el acreedor haga constar que no ha podido cobrar, y el cuánto. Lo mismo sucede cuando con dicha renuncia espresa ha salido alguno fiador de un crédito ilíquido, porque á pesar de ella, el acreedor habrá de reconvenir primeramente al deudor principal, al menos para liquidarlo.

No tiene lugar este beneficio ó escepcion cuando es notorio que nada tiene el deudor por haber hecho cesion de bienes, ó porque se mantiene mendigando, pues que en tales casos seria inane é ilusoria toda accion que el acreedor intentase contra él: por el contrario tendria lugar en el caso de confiscacion (hoy abolida) ó embargo à favor del fisco, porque los bienes pasarian ó quedarian siempre afectos á las deudas y cargas anteriores.

Ni cuando el acreedor del deudor principal es al mismo tiempo deudor del fiador, y demandado por éste para el pago de su crédito particular, quiere compensarlo con el suyo contra el deudor principal.

Ultimamente, se niega el beneficio de órden ó escusion cuando la fianza recayó sobre una obligacion puramente natural, y á cuyo cumplimiento no puede ser compelido el deudor en juicio; cuando el deudor principal obtuvo moratoria (hoy no puede concederla el príncipe); cuando el fiador negó serlo, ó puso algun impedimento para la escusion de los bienes del principal; cuando tiene en su poder bienes del mismo bastantes para cubrir la deuda, ó recibiá de él anticipadamente la cantidad por que salió fiador.

Todavía enumeran los autores otros varios casos, pero no con igual uniformidad; como si no se encontrase comprador para los bienes del deudor principal; si éste fuere poderoso; si la cantidad de la deuda entró en poder del mismo fiador, y no del que se constituyó deudor principal por ella, &c.

Sobre cómo deba entenderse la ausencia del deudor principal para que no tenga lugar el beneficio de órden ó escusion, disputan igualmente los intérpretes de derecho romano, pretendiendo debe ser tal que por razon de ella no pueda ser reconvenido ó demandado; y que por lo tanto no debe reputarse ausente el que dejó apoderado contra quien pueda dirigirse la accion, ó que en el lugar de su fuero competente tiene bienes en cuya posesion puedan ser puestos los acreedores para la conservacion de sus créditos. Nuestra ley patria 9, tit. 12, Part. 5, parece obviar toda duda por las palabras, «en el lugar seyendo aquel que fuesse principal debdor;» pero no hallamos inconveniente en admitir el primer caso, á saber, cuando el deudor deja un procurador con poderes bastantes para poder ser apremiado en juicio al pago, porque en derecho no cabe llamar ausente al que està plena y legítimamente representado.

Resta advertir, que el acreedor que demandó por el todo ó *in solidum* al deudor principal y obtuvo contra él sentencia, si despues vé que la ejecucion le ha de ser difícil ó larga, puede todavia abandonarla y repetir contra el fiador que no se halle asistido del beneficio de órden; porque no basta la eleccion de uno, ó que el acreedor demande primeramente á uno solo, para libertar á los demas obligados : es ademas necesario que se le haga pago. ||

SECCION VII.

Qué escepciones puede y debe oponer al fiador.

|| Como el beneficio de cesion de acciones no puede tener lugar sino en el caso de pagarse al acreedor, el órden natural ecsige que recorramos los pasos ó diligencias sin las cuales no puede pretenderse el dicho beneficio.

Suponiendo que el fiador no pueda ó no quiera aprovechar el beneficio de órden, puede y debe todavía valerse de otras escepciones. ||

3502 Si es reconvenido por el acreedor sabiendo que el deudor, principal tiene alguna escepcion ó defensa que bastaría para poner fin á la demanda, debe ponerla, y si por no hacerlo se le condena y pa-

ga, no podrá repetir despues contra el deudor por suponerse que lo hizo con ánimo de perjudicarle.

3503 Lo mismo ha de decirse en el caso de corresponder la escepcion al fiador, si es ella tal que pueda aprovechar tambien al deudor principal.

3504 Reputaràse por escepcion de esta especie, si el acreedor prometiese al deudor ó fiador no demandar nunca su crédito, ó cuando se haya hecho otro pacto semejante con que se remataria la demanda.

3505 Sin embargo, procede lo contrario cuando la escepcion compete solamente al fiador, como si fuese muger que puede alegar la nulidad de la fianza, ó tan solo al deudor principal; porque en ambos casos podrá el fiador reconvenir al deudor por lo que pagó, aunque á haber opuesto la escepcion, habria rematado la demanda. (Ley 15, tit. 12, Part. 5.)

|| El reformador en otro lugar amplifica esta doctrina de Febrero, como sigue: «Sobre si los fiadores pueden oponer al acreedor las mismas escepciones y defensas que puede oponerle el deudor principal, debe distinguirse entre las escepciones reales y personales."

«Escepciones reales son las que se fundan en la cosa misma y nacen de ella sin respeto à la persona del deudor; como las de dolo, violencia, cosa juzgada, juramento decisorio &c."

«Llámanse escepciones personales las que se apoyan en alguna razon respectiva particularmente al deudor; como el privilegio de no poder ser reconvenido en mas de lo posible, que regularmente se dice beneficio de competencia, y las que dimanan de la cesion de bienes ó concesion de espera.» (Nosotros creemos que siendo esta convencional, aprovecharà tambien al fiador.)

«Los fiadores tienen derecho para oponer al acreedor las escepciones reales, y los ecsimen de él, como hubieran ecsimido al deudor principal; pero las personales no pueden impedirles el pago de la deuda, porque solo se conceden por un motivo personal al deudor, y porque la naturaleza del contrato de fianza consiste en asegurar al acreedor la solvencia de su deudor, y en proporcionarle un segundo obligado para que pague en su defecto.»

«La misma distincion ha de hacerse en el caso de que un menor obtenga en juicio que se rescinda la obligacion porque dió fiador, y se quiera proceder contra éste.»

«No obstante, hay caso en que la rescision concedida por la minoridad estingue la obligacion de los fiadores, á saber; cuando el deudor principal se ha obligado con una calidad que la rescision ha destruido; como si el menor se hubiese obligado en calidad de heredero, y se le hubiese restituido contra la aceptacion de la herencia, puesto que entonces no hay obligacion principal ni aun natural sobre que pueda apoyarse la obligacion accesoria del fiador.»

«Pero es preciso observar que cuando la cosa debida por la obligacion principal perece por hecho ó culpa del fiador, ó despues que se ha constituido en mora, su obligacion no se estingue por la estincion de la obligacion principal, y queda obligado no solo por la deuda, sino tambien por los intereses y perjuicios ocasionados al acreedor.» (Véase la seccion siguiente.)

SECCION VIII.

De las obligaciones del deudor principal para con su fiador.

3506 Se halla obligado el deudor principal á satisfacer à su fiador todo lo que este pagó por él, ya sea que se haya constituido tal fiador á ruego del deudor, ó de su propia voluntad estando presente el mismo, y no repugnándolo, ó aunque no estuviese presente, si llegando despues á su noticia lo consiente, ó si sale por fiador de cosa que el deudor debe dar ó hacer, y le es útil.

3507 Sin embargo, no podrá el fiador repetir contra el deudor principal en los casos siguientes:

1.º Si el fiador lo paga con intencion de no demandárselo nunca.

2.º Si le fió por su propia utilidad.

3.º Si hizo la fianza contra la voluntad del mismo deudor. (Ley 12, tit. 12, Part. 5.)

3508 Ademas, cuando por mandato de un tercero se constituye alguno por fiador de otro que no está presente, si llega á pagar algo por el deudor á quien fió, no podrá repetir contra éste, sino contra el tercero ó mandante; pero si al hacerse la fianza estuvo presente el deudor y no lo contradijo, ó se hizo en su nombre no estando presente, y le fué favorable, está en arbitrio del fiador pedir lo que satisfizó, ó al sugeto á quien fió ó al mandante. (Ley 16, tit. 12, Part. 5.)

3509 Para que el fiador pueda repetir contra el deudor, son necesarias tres condiciones:

1.ª Que no haya omitido por su culpa alguna escepcion que pudo oponer al acreedor.

2.ª Que el pago hecho sea válido de modo que liberte de la obligacion al deudor.

3.ª Que el deudor no haya hecho segundo pago por no haberle hecho saber el fiador el primero.

3510 Pero lo dicho acerca de la omision de las escepciones en el primero de los tres casos anteriores, debe entenderse de las que provienen de la naturaleza de la obligacion principal, y de que tenia noticia el fiador, no de aquellas que honrosamente no pueden oponerse, como la prescripcion de algun tiempo por los caidos de alguna renta, en cuyo caso el fiador, emplazado que sea, debe proceder contra el deudor principal, á fin de que si le pareciere, oponga aquella escepcion. (*Febrero reformado.*)

|| En ampliacion de esta materia nos tomamos la misma libertad de que usó el reformador, y añadimos lo siguiente.

El deudor que se vió en la necesidad de pagar, puede repetir contra el deudor principal, ó bien por la accion de mandato cuando fió à ruego de él, ó por la de negocios hechos, *negotiorum gestorum*, cuando de la fianza se ha seguido utilidad al deudor, aunque no se diese á ruego suyo, ó despues la hubiese por buena.

Por la naturaleza propia y ordinaria de ambas acciones debe conseguir el fiador no solo lo que pagó al acreedor por no haberlo hecho á su debido tiempo el deudor principal, sino tambien los daños y per-

juicios que por esta razon haya sufrido, á no ser que medie culpa suya. Por tanto, si no hallàndose asistido del beneficio de órden, prefiere el litigar sobre esto á reconocer de buena fé su obligacion, y es condenado por ello en las costas como litigante temerario, no podrá repetirlas del deudor principal, porque ni las sufrió necesariamente como fiador, ni conviene á éste disputar sobre los àpices de derecho, sino tan solo de si es ó no deudor.

Aunque el fiador puede reclamar daños y perjuicios del deudor principal por cualquiera de estas dos acciones, no podrà hacerlo de sús compañeros de fianza cuando obre contra ellos á virtud de la cesion de acciones que le haga el acreedor; porque en tal caso obra en el lugar y representacion de éste, que no tuvo derecho para ecsigir los daños y perjuicios del mismo fiador que le pagaba: sin embargo, si interpelados los otros fiadores por su compañero cesionario del acreedor fueren morosos en aprontar su parte, y por esta causa se ocasionan nuevos perjuicios al cesionario, quedan obligados à su satisfaccion. ||

3511 Puede un fiador pactar y llevar alguna cosa en compensacion del peligro á que se espone por serlo, pues aunque el deudor sea idóneo para el pago de la deuda, siempre está el fiador con peligro de pagarla por las contingencias del tiempo, y los pactos siendo arreglados, deben observarse. (*Febrero reformado.*)

3512 En efecto, aunque por lo comun la fianza es un contrato de beneficencia, no hay impedimento para que así se pacte, y con ésto se dá bastantemente à entender que solo podrá tener lugar en la fianza que se constituye á ruego de otro. Justíficase este pacto por la razon ya mencionada del peligro en que se coloca el fiador, y por no estar reprobada en el mandato la promesa de honorario.

3513 Pero asi como está prohibido el pacto comisorio en el contrato de prenda, debe tambien estarlo en la fianza, caso que se haya tratado entre el fiador y el deudor principal, que no pagando éste dentro de cierto tiempo, pase alguna cosa suya al dominio de aquel en lugar de la deuda, porque no se descubre el menor motivo para que el fiador sea de mejor condicion que el acreedor pignoraticio ó hipotecario. Sin embargo, valdrá en el caso indicado el pacto de que el fiador adquiera una cosa del deudor por su justo precio, porque entonces ya no es pacto comisorio, sino una venta condicional: (puede verse sobre esto la ley 41, tit. 13, Part. 5.)

3514 Hay, esto no obstante, casos en que el fiador no puede repetir del deudor principal lo que pagó por este, y otros en que puede repetir aunque todavía no haya pagado.

3515 Ya se ha dicho con arreglo á la ley 12, tit. 12, Part. 5, que no puede repetir cuando fia contra la voluntad del deudor; la razon es que en este caso no hay accion de mandato, y nunca se dà la llamada *negotiorum gestorum* al que se entremete en los agenos contra la voluntad de su dueño; por manera que en este caso se presume que el fiador lo hizo con intencion de donar. Mas á pesar de que lo dicho respecto de la gestion de negocios ejercida contra la voluntad de su dueño sea cierto en derecho, todavía sostienen algunos intérpretes que pueda repetirse contra él por todo aquello en que se hizo mas rico

pues que la equidad no permite que uno se enriquezca á espensas y con daño de otro.

3516 Cesa tambien la repeticion cuando se dió la fianza á favor de quien tan solo quedó obligado naturalmente, por ejemplo, del pupilo ó menor que prometió sin otorgamiento de su tutor ó curador, porque ni la fianza ni la paga pueden ceder en utilidad del que no puede ser compelido à ella judicialmente.

3517 Y cuando fió por mayor cantidad que la debida por el principal, ó condenado injustamente no apeló, ó siendo pobre no avisó al deudor para que apelara si lo tenia por conveniente, ó como ya se ha dicho, omitió á sabiendas la escepcion de que podia aprovecharse el deudor, y no puso en noticia de éste el pleito para que saliera á él; pero será de cargo del deudor probar la manifiesta injusticia de la sentencia y el dolo del fiador.

3518 Lo mismo debe decirse cuando el fiador hizo el pago,[7] pero de manera que no aprovechó al deudor, como si pagó á uno creyéndole apoderado ó procurador del deudor, no siéndolo; en cuyo caso deberá repetir contra aquel á quien hizo el pago mala é indebidamente.

3519 Habemos dicho antes que no puede repetir el fiador cuando pagó, y por no haberlo puesto en noticia del deudor, paga éste nuevamente; en tal caso cumple el deudor con ceder al fiador su derecho ó accion para reclamar lo indebidamente pagado.

3520 Mas si por el contrario fué el deudor quien pagó primeramente, y por no haberlo puesto en noticia del fiador, volvió éste á pagar, tendrá espedita su accion de mandato contra el deudor, porque debe perdonársele el no haber adivinado que ya estaba hecho el pago, y el deudor debió noticiárselo para evitar que un acreedor de mala fé se aprovechára de esta ignorancia

3521 Si el fiador pagó con dinero del deudor (cuando, por ejemplo, éste le habia anticipado la cantidad de la deuda fiada), ignorando que aquel habia pagado ó estaba libre de la obligacion por cualquier otro modo, ningun recurso queda al segundo contra el primero, y solo sí contra el acreedor que cobró dos veces ó lo que realmente ya no se le debia.

3522 El fiador que pagó antes de llegar el dia ó vencerse el plazo puesto en la obligacion principal, no puede demandar al deudor hasta que aquel llegue ó se venza.

3523 Queda indicado que hay casos en que el fiador puede repetir del deudor la cantidad porque le fió, aunque todavía no haya pagado, ò al menos estrecharle á que pague al acreedor; tales son:

Si asi se pactó al tiempo de darse la fianza.

Si el fiador ha sido condenado ya à pagar.

Si se prueba que el deudor principal ha principiado à dilapidar sus bienes, de modo que el fiador tiene justos y fundados temores de que venga aquel à estado de insolvencia.

Si el fiador ofreció legítimamente al acreedor la cantidad de la deuda, y no queriendo él aceptarla, hizo el depósito en debida forma.

Si delegó su propio deudor al acreedor; porque la delegacion hace las veces de paga.

Si el acreedor por consideracion y en gracia de solo el fiador diò por recibido lo que se le debia, donándolo ò legándolo al mismo.

Si el acreedor confesó haber sido pagado por el fiador, y dentro de dos años no se querellò de no habérsele entregado el dinero que confesò por escrito haber recibido; pues ademas de la prueba plena que en tales circunstancias resulta de la confesion escrita, deberá entenderse que se dió por satisfecho, ò hubo aceptilacion à título de donacion, aunque no haya mediado entrega real y efectiva.

3524 Como el remedio concedido al fiador para indemnizarse de el deudor principal consiste en la accion de mandato ò la de negocios hechos, *negotiorum gestorum*, es necesario que use de ellas por el òrden y trámites debidos, y que entable nuevo juicio contra dicho deudor; por manera que no le es permitido ejecutarle sin nuevo pleito, y solo á virtud de la sentencia por la que él mismo ha sido condenado y ejecutado. Fúndase esto en que podria muy bien suceder que el fiador hubiera sucumbido por culpa suya, ò que aun sin esto no tuviera regreso contra el deudor, como acontece en los casos arriba espuestos. Es pues preciso entablar nuevo juicio y que recaiga nueva sentencia condenatoria, menos en el caso de que la fianza sea de pagar lo juzgado y sentenciado, en la que, segun antes dijimos, tampoco tiene lugar el beneficio de òrden ò escusion, y cuando la obligacion principal traiga aparejada ejecucion, y el fiador repita á virtud de la cesion de acciones que le haya hecho el acreedor.

SECCION IX.

Del beneficio de la cesion de acciones ò carta de lasto.

3525 El fiador puede pagar la deuda simplemente, que es sin espresar por quien la satisface, ó por el deudor principal, ó por sí como tal fiador.

3526 Si la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entonces no lo hace, no puede pedírsele despues; porque es visto haber pagado por el principal, y no por sus confiadores, y de consiguiente solo podrá reconvenir al primero.

3527 Si hace la paga por el deudor principal, ha de decirse lo mismo, y en este caso no puede el acreedor darle lasto contra los demas fiadores, pues que por el propio hecho espira todo el derecho que tiene contra ellos, y es lo mismo que si el deudor le pagara por su mano.

3528 Si paga por sí como tal fiador, que es como debe hacerlo, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al obligado principal, ó á prorata á los demas fiadores de la misma cantidad, segun mas quiera; y si alguno no pudiese entonces pagar, debe recibir de él alguna obligacion de pagarle cuando pueda.

‖ El reformador, continuando este punto en otro lugar, dice: «Cuando se hace una fianza à un mismo tiempo por muchos deudores, el fiador que ha pagado puede reconvenir por el todo á cada uno

de ellos, habiéndose constituido *in solidum* su obligacion; mas si faltó esta circunstancia, solo puede proceder contra cada uno á prorata, porque el fiador no ha de ser mas privilegiado que el deudor principal.«

«Y si alguno sale por fiador de uno solo de muchos deudores *in solidum*, y satisface toda la deuda, solo puede proceder directamente contra aquel á quien fió; pero puede tambien, haciendo uso de los derechos y acciones de su deudor, proceder contra sus co-reos, del mismo modo que éste hubiera podido hacerlo satisfaciendo él mismo la deuda. Y aun algunas veces puede el fiador proceder contra el deudor principal antes de haber pagado por él; es á saber, cuando le demande el acreedor, cuando el deudor ha quebrado, y cuando éste se obligó á libertar á su fiador de la fianza dentro de cierto tiempo, y este ha espirado.» ||

3529 Si dirige su accion contra los fiadores, le queda la de repetir por la parte que á él mismo le toca pagar, como á uno de aquellos, contra el deudor, de cuya accion puede usar cuando quiera; y en todos tiempos puede compeler al acreedor á que le dé el lasto, y aun sin éste puede pedir toda la deuda al obligado principal. (Ley 11, tit. 12, Part. 5.) Cuando los fiadores se hayan obligado *in solidum* ó como principales, la carta de lasto surtirá los efectos que se le atribuyeron al tratar de las obligaciones solidarias, núms. 2792 y 2816. El señor conde de la Cañada no estima necesaria la cesion de acciones para que uno de los co-reos de deber pueda repetir de los otros. En el núm. 11, cap. 8, part. 2 de su obra, tantas veces citada, se esplica asi: «Los que estan obligados *in solidum* á dar ó pagar á otro alguna cosa ó cantidad, pueden ser demandados cada uno de ellos separadamente por el todo de la deuda á eleccion del acreedor; y en estas circunstancias puede venir á coadyuvar la pretension y defensa del reo que litiga, el otro co-reo por el interés propio, que asegura en la libertad del que estaba litigando: porque la sentencia que contra éste se diere, haciéndola efectiva en sus bienes, perjudicará al otro obligado *in solidum*, aunque no haya litigado, en la parte ó porcion que le corresponda, y procederá contra él aquel que la hubiere pagado, *ya sea en uso de las acciones que le ceda el acreedor, ó ya por el oficio del juez.*»

3530 En el núm. 27 del mismo capítulo usa todavía de mayor espresion sobre este punto, y dice: «Puede tambien el tutor demandado *in solidum* pedir al menor al principio del pleito y antes de hacerle el pago, que le ceda sus acciones contra los otros tutores, y deberá hacerlo, ó en su defecto será removido de su demanda con la escepcion de dolo. Y si el tutor demandado *in solidum* no usase por su órden, y en los casos y tiempos oportunos de los beneficios esplicados, *aun le quedará el ausilio de recurrir al juez, usando de las acciones útiles, para que compela á los otros tutores á que le reintegren de lo que pagó en la parte que á cada uno corresponda; porque no permite la equidad, con que debe ir templada la justicia, que siendo una misma la obligacion de los tutores y la causa de que procede, fuese desigual el efecto; sufriendo uno solo el daño, y gozando los demas de la impunidad de su culpa.*» Abrazamos gustosos esta opinion por la sencillez y equidad que encierra; y cuando segun ella sin mediar lasto se interpele el oficio del juez,

cada uno de los obligados *in solidum* solo podrá ser reconvenido por su parte, á diferencia de cuando se repite contra ellos á virtud del lasto: sin embargo, aun en este segundo caso la ley 11, tit. 12, Part. 5, hablando de los fiadores, da á entender que el cesionario solo podrá pedir á cada uno de los otros aquella parte que pagó por ellos, y no se descubre razon porque no haya de regir lo mismo entre los deudores solidarios.

|| Por lo espuesto en la seccion anterior, se vé que el fiador, generalmente hablando, no necesita del lasto ó cesion de acciones para repetir contra el deudor principal, contra el que tiene en nombre propio y como tal fiador las acciones de mandato ó *negotiorum gestorum*; pero hay casos en que se le deniegan éstas, como cuando fió contra la voluntad del deudor, y entonces le es útil y aun necesario el lasto, pues milita la misma razon que lo hace necesario contra los compañeros de fianza.

Lo mismo debe decirse cuando la accion del acreedor contra el deudor es tan privilegiada que puede cederse al fiador con el mismo privilegio, por ejemplo, la de los gastos de entierro, pues por este medio consigue el fiador que pagó, una preferencia para indemnizarle que no tendria por las mencionadas acciones de mandato ó de negocios hechos.

Y tambien cuando la obligacion del acreedor trae aparejada ejecucion, y para poder perseguir las prendas ó hipotecas que están poseidas por un tercero, cuando la obligacion se aseguró con estas y con fianzas.

La cesion de acciones es necesaria al fiador que pagó el todo para poder reconvenir á sus compañeros de fianza, porque sin ella no tiene absolutamente accion contra éstos en nombre propio; no la de mandato, pues que no medió entre los mismos fiadores; ni tampoco la de negocios hechos, porque, debiendo el todo, en pagarlo hizo su propio negocio, y solo trató de libertarse á sí mismo. Recordamos no obstante contra esta doctrina de derecho romano la humana y equitativa opinion del señor Cañada, que, segun muchos autores estranjeros, es de pràctica universal.

Si el acreedor libertó de la obligacion á los demas fiadores ó algunos de ellos, no puede ecsigir toda la deuda del fiador ó fiadores que aun restan obligados, y sí únicamente sus partes ó porciones respectivas, porque mediante la liberacion de algunos, se ha puesto en la imposibilidad de ceder sus acciones contra ellos.

Pero otra cosa sería si algunos de los fiadores hubiesen venido á estado de insolvencia, pues que en la venta de acciones, á lo que se equipara la cesion, el vendedor, y de consiguiente en el caso actual el acreedor, no se obliga á que el fiador es rico, sino á que es deudor.

Y aunque las leyes que hablan de la cesion de acciones contra los demas fiadores, no espresan si se han de ceder por el todo de la deuda, ó con deduccion de la parte correspondiente al fiador que paga, se han de entender en este segundo sentido, porque ni el derecho ni la equidad toleran que se impetre cesion de aquella parte que uno debia satisfacer por obligacion propia, ni se repita de aquel con quien se està en igualdad de causa.

A mas de que el resultado sería, ó que el últimamente convenido pagase el todo sin quedarle mas accion que contra el deudor principal, á las veces insolvente, ó que se estaría siempre en un círculo vicioso, porque el cesionario que cobrase el todo, tendria que hacer igual cesion por entero contra todos, y por consiguiente contra sí mismo.

Debe pues hacerse gradualmente la cesion deducida la parte respectiva del cesionario ó cesionarios, y así en último resultado ninguno pagará mas que la suya; pero si el fiador ó fiadores últimos no se hallasen en estado de pagar, esta falta ó vacío recaerá proporcionalmente sobre los cesionarios que ya cobraron. Pues asi como pareció inícuo que de una misma sociedad consiga un sócio mas y otro menos, caso que uno de los sócios haya conseguido su parte íntegra de otro que despues viene á pobreza y no puede dar las suyas tambien íntegras á los demas sócios, y por esto el que cobró tiene que partir proporcionalmente con todos lo cobrado, habria la misma iniquidad en que de una fianza, y siendo absolutamente igual la condicion y causa de los fiadores, sufriese uno de ellos mas daño que el otro.

Entre los romanos la cesion de acciones debia hacerse en el acto mismo de la paga, y solo podia hacerse despues cuándo se habia pagado con la condicion de haberse de ceder las acciones, porque en este caso la cesion era equiparada à una venta condicional. Si el fiador pagaba simplemente, no podia despues pedir la cesion de acciones, porque estas habian desaparecido con la paga, y mal podia cederse lo que no ecsistia; en esto habia algo de verdad, atendido el rigor de derecho, pero nada de equidad.

La ley 11, tit. 12, Part. 5, distingue los casos segun los habemos copiado de Febrero, y adopta el mismo rigor y sutileza del derecho romano; si el fiador paga simplemente sin espresar si lo hace en su nombre ó del deudor, puede pedir la cesion de acciones luego que la paga sea hecha, es decir, en el acto ó á continuacion de la paga, y *dende en adelante no*.

Nosotros habemos manifestado nuestra conformidad con la opinion contraria del señor Cañada, que por igualdad de razon debe tambien tener lugar en el presente caso, y habemos hecho mérito de que segun el testimonio de varios autores, la práctica universal ha rechazado este rigorismo de derecho, de modo que ó no se reputa necesaria la cesion de acciones, ó se permite pedirla en cualquier tiempo despues de hecha la paga: segun el código civil francés, como luego se verá, el fiador que paga se entiende subrogado de derecho en el lugar y acciones del acreedor.

«Admitida la opinion anterior, dice un autor respetable, habrá tambien de aprobarse que el fiador que renunció al beneficio del lasto, solo queda impedido por ésto de dilatar el pago al acreedor á favor de la tal escepcion, pero no de pedir el lasto una vez hecha la paga, porque la renuncia de los beneficios es de estricta interpretacion, y esta se entiende hecha en favor y obsequio de solo el acreedor, no en el de los otros fiadores. ||

SECCION X.

Casos en que se acaba ó disuelve la fianza.

3531 La fianza no se acaba con la muerte del fiador sino que pasa á sus herederos, quienes tienen igual obligacion que él, y suceden en todas sus defensiones y derechos (ya habemos dicho, que siendo dos ó mas los herederos del fiador, no podrán ser convenidos sino con proporcion á la parte en que son herederos.) (Ley 16, tit. 12, Part. 3.)

3532 Mas aunque no espira la fianza por la muerte del fiador, ni éste mientras vive puede pretender, regularmente hablando, que el deudor le ecsonere de ella antes que pague algo de la deuda, podrá intentarlo, y se disolverá la fianza por las causas siguientes:

1.ª Cuando el fiador es condenado en juicio á pagar el todo ó parte de la deuda.

2.ª Si ha estado en ella mucho tiempo, lo cual ha de regularse por el prudente arbitrio del juez.

3.ª Si el fiador, creyendo que ha cumplido el plazo de la fianza, quiere pagar por no incurrir él mismo ni que el deudor incurra en pena, y el acreedor rehusa percibir su crédito; ó si por no hallarse éste en el lugar, deposita con la formalidad correspondiente su importe en parte ó persona segura.

4.ª Si cuando hizo la fianza prefinió tiempo al deudor para que le ecsonerase de ella, y ya ha espirado.

5.ª Si el deudor principal empieza á disipar sus bienes. (Ley 14, tit. 12, Part. 5.)

|| El reformador de Febrero hace sobre esto la siguiente observacion: «Si alguno promete al acreedor satisfacerle lo que no pueda cobrar del deudor, y por ser aquel moroso en reconvenir á éste no puede hacer la cobranza, queda libre el fiador, mayormente si requirió al acreedor para que reconviniese al deudor, y no lo hizo. Lo mismo se ha de decir del fiador obligado en la forma comun, si no renunció el beneficio de la escusion é instó al acreedor para que reconviniese al deudor principal, y no de otra manera. Igualmente, si alguno de muchos fiadores que gozan del beneficio de division (nosotros no lo admitimos) teme que los demas no tengan despues para pagar, puede requerir al acreedor para que los reconvenga por sus partes, y no haciéndolo, debe imputarse á sí mismo el satisfacer *in solidum.* Por otra parte no es de pasar en silencio, que habiéndose contentado el acreedor con el fiador que le dió el deudor, aunque empobrezca aquel despues, no se halla éste obligado á dar otro, escepto que el fiador se haya dado no por convencion de las partes, sino por alguna disposicion legal para la forma de algun acto:» (en este último período se contradice el reformador con lo sentado por él mismo en el núm. 3485 seccion 2.ª ||

3533 La estincion de la obligacion principal, añade el reformador en otro lugar ampliando esta materia, lleva consigo la estincion de la fianza, mediante ser propio de las cosas accesorias el no poder subsistir sin la cosa principal. Por consiguiente el fiador quedará libre siempre que lo quede el deudor principal, sea por el pago real ó cum-

plimiento de su obligacion, sea por la compensacion de su deuda, sea por la remision que le haga de ella el acreedor, sea en fin por una novacion.

3534 Lo mismo sucederia si el deudor principal llegára á ser heredero de su acreedor, ó al contrario, ó un tercero heredero de ambos, pues entonces la deuda principal se hallaria estinguida por confundirse las cualidades de acreedor y deudor reunidas en una misma persona.

3535 Tambien se acaba la fianza cuando el acreedor recibe voluntariamente del deudor alguna heredad en pago de una cantidad de dinero por la que habia recibido fiador, aun cuando al acreedor se despojase en juicio de la dicha heredad; como tambien cuando el acreedor deja prescribir su derecho contra el deudor, y despues se hace éste insolvente: (es imposible que prescrito el derecho contra el deudor, no lo esté igualmente contra el fiador; asi á nada hace la insolvencia posterior à la prescripcion.)

3536 Pero no queda libre el fiador con la próroga que el acreedor conceda á su deudor, ya porque puede esta ser tan favorable al fiador como al deudor, y ya porque no impide al fiador mirar por su indemnizacion, y proceder contra el deudor principal si advierte que va à menos su caudal.

|| Se vé por lo espuesto, que el reformador al hablar de la estincion de la fianza por la reunion ó confusion de conceptos, solo indica el caso en que el acreedor y deudor sean herederos uno del otro; pero lo mismo habrá de decirse cuando lo son del fiador, ó éste de ellos, con la sola diferencia que cuando el deudor es heredero del fiador, todavía puede pedir el acreedor que se haga separacion entre los bienes del uno y del otro para mejor preservar su derecho contra otros acreedores.

Tambien se estingue la fianza por el lapso ó trascurso del tiempo, y esto puede ser de dos modos ó en dos sentidos:

Primero: cuando se dió la fianza para cierto tiempo, de modo que la adicion ó señalamiento de este se refiera solamente à la duracion de la obligacion fideyusoria; por ejemplo: se prestan cien à Pedro, y yo le fio, pero en términos que no quiero quedar obligado sino por dos años: en tal caso yo fiador puedo ser reconvenido útilmente dentro de los dos años primeros; mas pasados ellos, podré repeler al acreedor con la escepcion de dolo malo ó del pacto interpuesto, porque los pactos lícitos son la ley de las fianzas, como de los demas contratos.

Sin embargo, si he sido interpelado por el acreedor para la paga dentro del bienio, y este espira entre la mora ó dilaciones que interpongo, continuaré obligado aun despues, porque la mora perjudica siempre, y nunca aprovecha al moroso.

Segundo: cuando la fianza se refiere á cierto tiempo con miramiento al cual únicamente se contrajo la obligacion principal, por ejemplo, el arriendo de un quinquenio. En tal caso no se entiende repetida la fianza por el arriendo del sesto ó septimo año, aunque despues del primer quinquenio queda siempre obligado el fiador por la pension correspondiente al mismo hasta que sea íntegramente pagada.

Seguramente se estingue la fianza por la prescripcion de la obligacion principal; pero debe tenerse presente que si ha sido interpelado el deudor principal, no podrá escudarse con la prescripcion el fiador, aunque él no lo haya sido, porque la interpelacion perpetúa la obligacion principal, y de consiguiente la fianza como accesoria de ella. A mas de que si la interpelacion hecha à uno de los deudores solidarios interrumpe la prescripcion respecto de los otros, à pesar de ser todos deudores principales, ¿cuánto mas debe interrumpir en este caso la hecha al deudor principal respecto del fiador, que no tiene tal concepto, y sí solo, segun se ha dicho, el de accesorio y agregado ó subsidiario?

Pero no se acaba la fianza por el embargo ó confiscacion de los bienes (cuando era conocida), ni por la cesion que de ellos haga el deudor principal á sus acreedores, ni por la obtencion de moratoria (cuando podia obtenerse del Príncipe), ni por la oferta de otros fiadores igualmente ó mas idóneos, ni porque despues de los primeros fiadores hayan sido tambien dados otros, porque se entienden dados para mayor seguridad, y para reforzar la primera fianza.

En cuanto á poder libertarse el fiador de su obligacion ó fianza por haber estado mucho tiempo en ella (punto que debe regularse por el prudente arbitrio del juez), aunque algunos fijan el tiempo en un decenio, conviene distinguir pára el mejor y cabal acierto.

Si la obligacion principal es de tal índole ó naturaleza que lleve envuelto en sí el trascurso del tiempo, y no puede ser cumplida desde luego, no podrá el fiador pedir que se le releve de la fianza por este concepto; tal es la fianza de eviccion y saneamiento, la que se dá por la administracion de la tutela, curadoria y otras semejantes; porque tales obligaciones estan en suspenso, y ni puede culparse al deudor por no haber pagado, ni al acreedor por no haber ecsigido: à no ser que haya ecsistido aquello que tenia en suspenso la obligacion, como si se verificó la eviccion ó se acabó la administracion, y despues de ello todavía hubiere continuado la fianza por mucho tiempo.

Si la obligacion principal es tal que puede el deudor cumplirla desde luego, podrá el fiador pedir la relevacion de su fianza cuando ha pasado mucho tiempo sin que aquel pague, ni el acreedor ecsija.

Suponiendo que haya pasado este largo tiempo y que la obligacion produce intereses, si el acreedor se contenta con percibirlos anualmente, y no se cura de ecsigir el capital, descansando en la idoneidad de la fianza, parece que debe permitirse al fiador la facultad de interpelar al acreedor para que apremie al deudor al pago, ó venda las prendas, caso de haberse dado, y mire por sí, protestando al mismo tiempo que no le responderá del daño ulterior que pueda sobrevenirle por su mora ó negligencia: así lo dicta la equidad, aunque nos falta disposicion espresa de derecho. ||

TITULO LI.

De las fianzas con arreglo al código civil frances.

|| «Para que nuestros lectores, dice el reformador de Febrero, tengan todas las espresadas doctrinas en pocas palabras, trasladaremos à este lugar lo que acerca de fianzas trae el Código civil de los franceses en el lib. 3, tit. 14» : nosotros le seguiremos supliendo la omision de aquel en no numerar los artículos, y reasumiendo en uno los diferentes discursos que precedieron à la adopcion de la ley sobre fianzas, porque lo mas precioso y filosòfico de aquel Código es la esposicion de los motivos ó fundamentos de las leyes, que suele acompañar, y el principal estudio y ciencia del jurisconsulto no es saber la letra ó testo material de las leyes, sino sus motivos, ó lo que es lo mismo, su mente y espíritu. ||

CAPITULO I.

De la naturaleza y estension de la fianza.

El que sale por fiador de una obligacion se obliga á cumplirla, si el deudor mismo no la cumple (art. 2011.)

La fianza solo puede apoyarse sobre una obligacion vàlida. No obstante, puede darse fiador de una obligacion, aunque ésta pueda anularse por una escepcion puramente personal al obligado, como por ejemplo, en el caso de minoridad (art. 2012.)

La fianza no puede esceder de lo que deba el deudor, ni contraerse bajo condiciones mas onerosas, aunque sí puede contraerse por parte y bajo condiciones menos gravosas. La fianza que escede de la deuda, ó que se contrae bajo condiciones mas onerosas, no es nula, sino que se reduce ó circunscribe à la medida de la obligacion principal (art. 2013.)

Puede hacerse alguno fiador sin órden de la persona por quien se obliga, y aun sin su noticia.

Asimismo se puede dar fiador no solo del deudor principal, sino tambien del que le ha fiado (art. 2014.)

La fianza no se presume: debe ser espresa y no puede esten-

derse mas allá de los límites dentro de los cuales se ha contraido (art. 2015.)

La fianza indefinida de una obligacion principal se estiende à todas las accesorias de la deuda, y aun à las costas de la primera demanda, y à todas las posteriores à la intimacion ó notificacion de ésta al deudor (art. 2016.)

Las obligaciones de los fiadores pasan á sus herederos, à escepcion de la coaccion personal, si era tal la obligacion que el fiador estuviese sometido à ella (art. 2017.)

El deudor obligado à dar fiador debe presentar uno que sea capaz de contraer, que tenga haberes bastantes para responder del objeto de la obligacion, y que esté domiciliado en el distrito ó territorio del tribunal de apelacion adonde debe darse (art. 2018.)

La solvencia de un deudor solo se estima con respecto à sus bienes raices, escepto en punto de comercio, ó cuando la deuda es corta. No se atiende à los bienes inmuebles litigiosos, ó cuya escusion sería demasiado difícil por razon de su distancia (art. 2019.)

Cuando el fiador recibido por el acreedor voluntariamente ó en juicio se hace despues insolvente, debe darse otro. Esta regla padece la única escepcion de que el fiador se haya dado en virtud de una convencion por la que el acreedor hubiese ecsigido persona determinada por fiador (art. 2020.)

CAPITULO II.

De los efectos de la fianza.

SECCION I.

De los efectos de la fianza entre el acreedor y el fiador.

El fiador solo está obligado para con el acreedor á pagarle á falta del deudor, en cuyos bienes debe hacerse antes escusion, á no ser que el fiador haya renunciado el beneficio de ella, ó que se haya obligado *in solidum* con el deudor, en cuyo caso los efectos de su obligacion se arreglan por los principios establecidos para las deudas solidarias (art. 2021.)

El acreedor solo està obligado á hacer escusion en los bienes del deudor principal, cuando el fiador la pide à consecuencia de los primeros procedimientos judiciales contra él (art. 2022.)

El fiador que solicita la escusion debe señalar al acreedor los bienes del deudor principal, y anticipar las cantidades suficientes para hacer la escusion. No debe el fiador señalar bienes del deudor principal situados fuera del distrito del tribunal de apelacion del lugar en donde ha de hacerse el pago, ni bienes litigiosos, ni los hipotecados á la deuda que ya no posee el deudor (art. 2023.)

Siempre que el fiador ha hecho el señalamiento de bienes autorizado en el artículo anterior, y que ha suministrado la cantidad suficiente para la escusion, es el acreedor, en cuanto monten los bienes señalados, responsable al fiador de la insolvencia del deudor principal

acaecida por defecto del procedimiento judicial (art. 2024.)

Cuando muchas personas salen por fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada una está obligada á toda ella (art. 2025.)

Sin embargo, cada fiador puede, si no ha renunciado el beneficio de division, ecsigir que el acreedor divida anticipadamente su accion, y la reduzca ó circunscriba à la parte de cada fiador. Cuando al tiempo de decretarse la division á instancia de uno de los fiadores, habia otros insolventes, se halla aquel obligado proporcionalmente por estas insolvencias; mas no puede procederse contra él por razon de las insolvencias acaecidas despues de la division (art. 2026)

Si el mismo acreedor ha dividido voluntariamente su accion, no puede ir contra esta division, aunque hubiese antes de consentir en ella fiadores insolventes (art. 2027.)

SECCION II.

De los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador.

El fiador que ha pagado tiene su recurso contra el deudor principal, háyase dado la fianza con noticia ó sin noticia de él. Este recurso tiene lugar tanto por el principal, como por los intereses y costas: no obstante, el fiador solo tiene recurso por los que haya hecho despues de haberse notificado al deudor principal la demanda presentada contra él. Tambien tiene lugar por los daños é intereses, si los hubiere (art. 2028.)

El fiador que paga la deuda se subroga en todos los derechos que tenia el acreedor contra el deudor (art. 2029.)

Cuando haya muchos deudores principales solidarios de una misma deuda, el fiador de todos puede repetir de cada uno el todo de lo que ha satisfecho (art. 2030.)

El fiador que ha pagado primero no tiene recurso contra el deudor principal que ha pagado segunda vez, cuando aquel no ha dado noticia á éste del pago que hizo, aunque puede repetir contra el acreedor. Cuando el fiador haya pagado sin haberse procedido contra él, ni habérselo comunicado al deudor principal, no tendrá recurso contra él en el caso en que al tiempo del pago hubiera tenido este deudor medios para hacer declarar por estinguida la deuda, aunque le queda salva su accion contra el acreedor (art. 2031.)

El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor para que le indemnice: 1.º, cuando se le reconviene judicialmente para el pago: 2.º, cuando el deudor ha hecho quiebra ó bancarrota: 3.º, cuando el deudor se ha obligado á ecsonerarle de su fianza en cierto tiempo: 4.º, cuando la deuda puede ecsigirse por el vencimiento del plazo, bajo el cual se habia contraido: 5.º; al cabo de diez años, cuando en la obligacion principal no se ha señalado ningun término ó plazo, à menos que la obligacion principal, como una tutela, no sea de tal naturaleza que pueda estinguirse antes de determinado tiempo (art. 2032)

SECCION III.

De los efectos de la fianza entre los mismos fiadores.

Cuando muchas personas son fiadoras de un mismo deudor por una misma deuda, el fiador que la paga tiene recurso contra los otros fiadores por la parte correspondiente à cada uno. Pero á este recurso no hà lugar cuando el fiador ha pagado en alguno de los casos del artículo anterior (art. 2033.)

CAPITULO III.

De la estincion de la fianza.

La obligacion de la fianza se estingue por las mismas causas que las demas obligaciones (art. 2034.)

La confusion que se causa en la persona del deudor principal y de su fiador, cuando son herederos el uno del otro, no estingue la accion del acreedor contra quien salió por fiador (art. 2035.)

El fiador puede oponer al acreedor todas las escepciones que pertenecen al deudor principal y son inherentes á la deuda; pero no puede oponer las escepciones que son puramente personales al deudor (artículo 2036.)

El fiador està ecsonerado cuando la subrogacion en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor no se puede por algun hecho de éste hacer en favor del fiador (art. 2037.)

La aceptacion voluntaria que hace el acreedor de alguna cosa inmueble ú otro cualquier efecto en pago de la deuda principal, ecsonera al fiador, aunque al acreedor se le quite en juicio la cosa admitida (art. 2038.)

La simple pròroga de término que concede el acreedor al deudor principal, no ecsonera al fiador, quien puede en este caso proceder contra el deudor para obligarle al pago (art. 2039.)

CAPITULO IV.

Del fiador legal y del fiador judicial.

Siempre que una persona se halla obligada por la ley ó por una sentencia à dar fiador, han de concurrir en éste las circunstancias prescritas en los artículos 2018 y 2019. Cuando se trata de una fianza judicial, ha de ser tal el fiador que pueda apremiársele personalmente (art. 2040.)

Al que no puede encontrar un fiador, se le admite en vez de esto una prenda de suficiente seguridad (art. 2041.)

El fiador judicial no puede ecsigir la escusion de los bienes del deudor principal (art. 2042.)

El simple fiador del fiador judicial no puede pedir la escusion en los bienes del deudor principal ni del fiador (art. 2043.)

CAPITULO V.

Esposicion de los motivos de la ley relativa á la fianza.

|| Aunque son cinco los discursos pronunciados sobre esta materia, procuraremos reunir en uno lo mas útil y notable de todos. ||

«Los hombres no tratan entre sí sino por la esperanza legítima de que sus respectivos empeños serán ejecutados; y muy pronto quedarian suspendidas todas las negociaciones si una mútua confianza no reuniera à los ciudadanos para su comun interés.»

«¿Pero el que no nos inspira esta confianza, habrá de quedar por esto escluido de la ventaja de contratar con nosotros?»

«No, ciudadanos legisladores; la garantia que no nos ofrece él mismo, podemos recibirla de otro, que tal vez por conocerle mejor ó por otro cualquier motivo consiente en salir responsable de él.»

«Con esto solo veis ya qué grande influencia puede ejercer sobre la vida civil el uso de la fianza, y que este título no es el menos importante del Código.»

«Todas las obligaciones convencionales estan sometidas á reglas generales, porque todas tienen realmente un objeto que les es comun; todas ellas versan sobre dar, hacer ó no hacer alguna cosa."

«Pero ademas de este blanco ú objeto general, cada especie de obligaciones tiene un blanco particular, con un objeto distinto y efectos diferentes.»

«Es menester, pues, que independientemente de las reglas comunes à todos los contratos, tenga todavía cada obligacion sus reglas particulares, que se deriven de su naturaleza, se apliquen de una manera precisa á su objeto, y dirijan todos los efectos que le son propios.»

«La fianza es un contrato por el cual se constituye uno responsable de ejecutar una obligacion contraida por otro cuando no la cumpla el mismo obligado. (Art. 2011.)

«Este contrato es de un uso muy frecuente y muy útil en la sociedad.»

«Las otras obligaciones convencionales tienen muchas veces necesidad de su intervencion; él las facilita y multiplica asegurando su ejecucion.»

«La garantía que él proporciona establece la confianza, que es la base de todas las transacciones ó negociaciones civiles.»

«La seguridad que él inspira, llama la circulacion de los capitales y los progresos de la industria.»

«Por su medio una familia desgraciada encuentra recursos, un comerciante honrado se liberta de la ruina que le amenazába, y el ausente debe á su amigo la conservacion de sus propiedades.»

«Asi, el contrato de fianza presenta un grande interés por el apoyo que dá à las otras convenciones y por su carácter de beneficencia.»

«Bajo este doble aspecto debe fijar particularmente la atencion del legislador, y merece ocupar un lugar importante en el código civil.»

Hé aqui el ecsordio de otro de los discursos sobre materia de fianzas: «Las diversas relaciones de los hombres puestos en sociedad son el orígen ó la causa de todas las obligaciones que se forman entre ellos.»

«De aqui resulta una verdad fundamental, que nunca debe perder de vista el legislador.»

«Y es, que la sabiduría eterna no ha establecido estas relaciones necesarias entre los hombres, y no los ha colocado por este medio en la dependencia à los unos de los otros, sino para inspirarles una benevolencia recíproca, para unirlos mas estrechamente por los vínculos de la fraternidad, y para atraerlos sin cesar á aquella ley primitiva que les prohibe aborrecerse y dañarse, que les ordena amarse y socorrerse mútuamente; ley preciosa y conservadora, que pôr medio de la necesidad hace que el hombre se acerque á su semejante, que concilia perfectamente sus derechos y sus deberes, que hace surgir el interés general de la misma combinacion de los intereses privados; que, en una palabra, funda sobre los grandes principios de la moral universal tanto la felicidad de los individuos, como el mantenimiento del órden social

«Asi, cuanta mayor sea la concordancia de las leyes civiles con aquella ley primitiva, tanto mas infalible serà la consecucion del doble objeto á que son encaminadas.»

«Efectivamente, de este derecho natural, grabado en nuestros corazones, es de donde salen, como de su fuente, aquellas nociones eternas de justicia y de equidad que forman la base esencial de todas las obligaciones y contratos.»

«Si, pues, las reglas destinadas á regirlos no estuvieran en perfecta armonía con el derecho natural, si lo contrariasen ó hirieran esencialmente, no serian ellas desde aquel momento ni verdaderas, ni justas, ni conformes á los principios de que deben emanar.»

«Pero felicísimamente, ciudadanos legisladores, (y podemos proclamarlo con orgullo desde lo alto de esta tribuna) felicísimamente nuestras nuevas leyes ofrecen el mas singular modelo de esta preciosa armonía, y no puede reprochárseles, como en otro tiempo, que se hayan separado un solo instante de este principio regulador.»

«Una nueva prueba de ello se os presenta en el proyecto que debe discutirse hoy delante de vosotros»

«Todas las obligaciones, de cualquiera naturaleza que sean, han de ser ó voluntarias ò forzadas. Las unas nacen del mútuo consentimiento de las partes que contraen; las otras resultan ó de la misma ley, ó de un hecho personal permitido ó reprobado.»

«Las primeras son obligatorias por la fuerza de la convencion; las segundas vienen á serlo ó por la sola autoridad de la ley, ó por las reglas no menos sagradas de la equidad."

«Aquellas forman la materia del tit. 3, lib. 3, del Código civil, intitulado: *De los contratos ó de las obligaciones convencionales en general.*"

«Estas son colocadas en la clase *de las obligaciones que se forman sin convencion*, y ocupan el tít. 4, del mismo libro.»

«Despues de haber fijado las reglas generales y particulares sobre

los diversos géneros de obligaciones, era indispensable para completar nuestro derecho sobre esta materia, ocuparse en sus accesorios y consecuencias de estos; y tal es el objeto del tít. 14, intitulado: *de la fianza.*»

«Para establecer reglas sobre esta materia, es menester ante todo penetrarse de la naturaleza y objeto de la fianza: las dificultades mas graves en la apariencia se allanan bien pronto para el que sabe remontar al principio de las cosas; siguiendo esta marcha es como se llega á conocerlas bien; *y saber bien,* (lo diré sin miedo) *es todavía mas útil que saber mucho.*»

«La fianza tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligacion: es menester, pues, que el fiador llene esta obligacion en defecto del obligado principal, y lo es tambien que el fiador que la ha cumplido quede subrogado en el lugar y derechos del acreedor.»

«Todas las reglas de este título parten de este primer golpe de vista.»

(Art. 2012). Una obligacion contraida contra la prohibicion de la ley, sorprendida por el dolo, arrancada por la violencia, que adolezca en fin de cualquier vicio de esta naturaleza, es absolutamente nula; el acto que la afianza, cae por consiguiente con ella.»

«Pero si la obligacion principal, vàlida en sí misma, no viniera á caducar sino por una escepcion personal del principal obligado, la restitucion de éste no destruiría la esencia de la obligacion, y la fianza debería producir su efecto.»

Sobre este mismo artículo dice otro Orador. «Como la fianza tiene por objeto el asegurar la ejecucion de una obligacion, resulta desde luego de esto, que no puede ecsistir á menos que recaiga sobre una obligacion válida.»

«No ha podido entrar en el ànimo ó intencion del legislador hacer asegurar el cumplimiento de una obligacion que el mismo no reconoce por válida.»

«Asi, las obligaciones contrarias á las buenas costumbres y á las leyes no pueden ser afianzadas porque son nulas, y jamàs producen efecto alguno.»

«En cuanto á las obligaciones contraidas por error, violencia ó dolo, aunque no sean nulas de pleno derecho, sin embargo, como dan lugar á la accion de nulidad ó rescision, el efecto de esta accion será igual respecto de la fianza que de la obligacion principal»

«Pero la fianza subsiste cuando se trata de una obligacion que no puede ser anulada sino por una escepcion puramente personal del obligado principal.»

«Tal es la contraida por un menor, aunque no esté emancipado; no es nula, pues que el menor tiene derecho de ejecutarla y de hacerla ejecutar, sin que la persona con que ha contraido pueda oponerle su incapacidad.»

«El menor puede no obstante hacerse restituir contra esta obligacion por causa de simple lesion.»

«Pero esta escepcion le es puramente personal, y á él solo aprovecha, no al fiador que ha debido preveer el caso de restitucion, y ha podido esponerse à él voluntariamente.»

Otro dice sobre lo mismo: «Teniendo la fianza por objeto el

garantir la obligacion principal, no es, ni puede ser sino un accesorio de esta misma obligacion; y por consiguiente deben de ser juzgadas ambas à dos por los mismos principios en todo lo que es relativo à su ecsistencia, validacion, estension, duracion y estincion, porque son otros tantos caractéres que les son comunes.»

«Si no ecsiste obligacion, es de toda evidencia que no puede ecsistir fianza, pues que es imposible concebir solo y aislado un acto que necesariamente supone una primera obligacion á la que debe servir de garantía.»

«Si la obligacion está prohibida por la ley, ó es contraria á las buenas costumbres ó al órden público, la fianza no puede subsistir mas que la misma obligacion principal, porque siendo esta nula de pleno derecho, envuelve necesariamente la nulidad de aquella.»

«He dicho que semejante obligacion es nula *de pleno derecho*, y conviene mucho distinguir esto; porque aunque la obligacion válida en sí misma no fuera susceptible de rescision sino por una escepcion personal al deudor, como en el caso de la minoridad, la fianza no dejaria por esto de producir todo su efecto.»

«Yo añado que si la nulidad de la obligacion no fuese sino relativa, como en el caso de error, de violencia ó dolo, no haria caer la fianza *ipso facto* y sin el apoyo de la accion rescisoria. ¿Y por qué subsistiria la fianza independientemente de esta nulidad? Porque dependería del deudor oponer la escepcion que resulta de ella, ó renunciarla; porque el error, el dolo y la violencia pueden cubrirse, remitirse y prescribirse; porque esta prescripcion ó remision bastaria por sí sola para validar lo que no adolece de una nulidad absoluta; finalmente, porque la obligacion así validada, tomaria todos los caractéres de una obligacion legal, y validaria de consiguiente la fianza, purgándola del vicio originario á que estaba afecta.»

«¿Cuándo pues será absolutamente nula la fianza y por efecto de esta nulidad se desvanecerá con la misma obligacion principal? Lo he dicho ya, y creo útil repetirlo: cuando esta obligacion ha sido prohibida por la ley, ó es contraria á las buenas costumbres ó al órden público.»

«Siendo la fianza el accesorio de una obligacion, no puede esceder á ésta; es contra la naturaleza de las cosas que lo accesorio se estienda á mas que lo principal. ¿Cómo se podrá afianzar por tres mil francos cuando realmente no se deben dos mil? ¿Cómo podria ser apremiado personalmente el fiador cuando el mismo deudor principal no está sujeto á esta ejecucion rigorosa?»

«Pero, cuando la fianza escede de la obligacion principal, ¿es absolutamente nula, ó habrá tan solo de reducirse à los términos de esta misma obligacion? Esta cuestion fué controvertida en otro tiempo: los unos y los otros se apoyaban igualmente sobre testos y autoridades. El reinado de las sutilezas ha pasado, y como es bien evidente que el que quiso obligarse á mas que la obligacion principal, tuvo por lo menos intencion de garantir esta obligacion, habemos pensado que la fianza escesiva no era nula, y que únicamente debia reducirse. No deben crearse nulidades sin un motivo real; basta verlas donde esa nulidad ecsiste» (art. 2013).

«Si no puede el fiador obligarse mas allá de los límites de la obligacion principal, puede sin género de duda no obligarse á garantir la totalidad de la obligacion, ó garantirla bajo condiciones mas dulces.»

Otro dice sobre el mismo artículo: «La fianza no es sino un accesorio de la obligacion principal: no puede por lo tanto estenderse á mas, ni ser mas onerosa que esta obligacion. Es evidente que todo lo que escediera de la obligacion afianzada no seria fianza.»

«Sin embargo, no debe decirse con los jurisconsultos romanos que la fianza es enteramente nula cuando escede de la obligacion principal: mucho mas equitativo y conforme á la intencion de las partes parece el reducirla á la medida de la obligacion.»

«La obligacion del fiador puede ser menos onerosa, y estenderse á menos que la del deudor principal: él puede no obligarse sino por una parte de la deuda, ó por el principal solamente, ó bajo condiciones mas favorables que aquellas à que se ha sometido el deudor principal: todo depende en cuanto á esto de la convencion ó pactos particulares.»

Otro: «Si la obligacion tiene por objeto una suma determinada, puede muy bien no contraerse la fianza sino por una parte de esta suma; pero no puede en manera alguna escederla, porque envolveria contradiccion que una obligacion accesoria fuese mas considerable que una obligacion principal.»

«Mas á pesar de esto, ¿será nula la fianza porque esceda de la obligacion principal? No; y solo será reducible á la medida de la obligacion principal. Nada hay de mas razonable que esta disposicion; porque el que ha prometido lo mas, de necesidad ha prometido lo menos, y la reduccion que se hace en este caso, redunda toda en su provecho.»

«Si la obligacion tiene un término ó plazo fijo, la fianza tampoco puede prorogarse mas allá de él. Y en efecto, ¿como podria continuar obligado el fiador despues de haber espirado la obligacion que garantizó? ¿No seria ésto estender su obligacion mas allá de los límites à que él mismo quiso circunscribirla?»

«Si la obligacion principal ha desaparecido por alguna de las causas que la hacen cesar, cesa tambien la fianza y desaparece con ella. Desde entonces no ecsiste obligacion; no puede por lo tanto haber fianza.»

Art. 2014. Siendo la fianza un contrato de beneficencia, y teniendo por objeto la garantía de la deuda, debe ser permitido constituirse fiador sin órden y aun sin noticia de aquel por quien se constituye; pues que, por una parte, no es presumible que él pueda reusar la ventaja gratuita que se quiere proporcionarle; y por otra, no puede impedir que el acreedor tome sus seguridades independientemente de su consentimiento, puesto que él mismo no las ha dado.»

«Puede acontecer que el acreedor no estime bastantemente valiosa la primera fianza, y que ecsija otra para responder de su solvencia: por lo tanto el proyecto de ley ha debido permitir tambien esta doble fianza.»

Art. 2015 y 2016. «Cuando la fianza es limitada, no se puede

estender mas allá de los límites dentro de los que ha sido constituida. El fiador, como que se obligó voluntariamente, fué dueño de poner restricciones á su obligacion, y el contrato debe ser ejecutado tal como se hizo.».

«Pero cuando los términos de la fianza son generales é indefinidos, se reputa haberse ligado el fiador á la ejecucion de todas las obligaciones à que puede encontrarse sujeto el deudor principal.»

«Queda pues obligado en este caso el fiador no solo por el capital de la deuda, sino tambien por los intereses, daños y perjuicios, y por todos los accesorios inclusos los gastos hechos en la persecucion contra el deudor, á contar desde el dia que se le hizo la intimacion ó denuncia.»

«Siendo indefinida la fianza, abraza todas las obligaciones que nacen del contrato afianzado.»

Sobre los mismos artículos dice otro: «La obligacion del fiador no puede tener mas límites que los que él mismo ha querido darle. Es necesario pues restringirla en sus justos límites. Si la fianza se ha limitado al capital de la obligacion principal, no abraza ni los intereses, ni los gastos. Otra cosa es si la fianza ha sido indefinida. En este caso comprende no solo la totalidad de la deuda, sino tambien todos sus accesorios, aun los gastos de la primera demanda, y todos los posteriores à la intimacion que se haya hecho de ella al fiador.»

Otro: «Como la obligacion del fiador es voluntaria, debe por lo tanto encerrarse en los límites que él mismo ha señalado: si la fianza ha sido indefinida, abrazará toda la obligacion principal con sus accesorios. El fiador no tuvo intencion de poner en ella restricciones cuando efectivamente no las puso.»

Otro dice: «La fianza no se presume; debe ser espresa. Una invitacion de préstamo de dinero ó de mercancías á un tercero que se recomienda, y aun cuando se afirme su solvencia, no es una fianza. Hay tres especies de fianzas: las que manda dar la ley, como en el caso de usufructo; las que se mandan dar por una sentencia, y las que se dan voluntariamente. La ley no tiene necesidad de velar sobre las calidades de la fianza convencional, y las deja al cuidado del acreedor.»

Art. 2017. La fianza, como los otros contratos, obliga á los herederos del que suscribió á ella; sin embargo, si el fiador se obligò al apremio personal, no quedarán sujetos á él sus herederos. Es una regla general, que los herederos no pueden ser apremiados en sus personas á la ejecucion de ninguna de las obligaciones contraidas por aquellos á quienes suceden.»

Art. 2018. «El objeto de la fianza es asegurar el cumplimiento de una obligacion; es pues necesario que el que se presenta por fiador sea capaz de contraer, y que tenga bienes cuya escusion no sea demasiado embarazosa.»

«¿De qué serviria la obligacion de un hombre que no pudiera obligarse? ¿Qué provecho se sacaria de un fiador que seria preciso buscar y escutir sus bienes á larguísimas distancias? La facilidad de perseguir á un deudor hace parte de su solvencia; y una escusion que habria de seguirse de lejos, seria casi siempre mas ruinosa que útil. Habemos pues establecido por regla, que el fiador debe presentar bie-

nes en el territorio ó demarcacion del tribunal de apelacion donde debe ser dada la fianza.»

"La fianza, dice otro, seria ilusoria si el fiador no tuviera ni la capacidad de contraer, ni facultades suficientes para responder del cumplimiento de la obligacion. Por lo mismo el proyecto de ley ha debido prescribir imperiosamente estas dos condiciones. Tambien ha debido ecsigir que los inmuebles, sobre los que se apoya ó descansa la solvencia del fiador, no estuviesen en litigio, ni situados à distancias demasiado grandes del lugar en que debe hacerse la escusion, pues que en estos dos casos las diligencias judiciales vienen á ser infinitamente dificiles, siempre onerosas, y mas de una vez inútiles.»

Art. 2019. «No basta en el fiador una solvencia fugitiva, como la que ofreceria una fortuna mobiliaria, ni una solvencia incierta, como la que no se fundase sino en bienes litigiosos: la solvencia debe ser constante y estar asegurada en bienes raices y libres."

Art. 2020. «Se ha dudado si el que debia dar fiador, y presentó en consecuencia uno que fué aceptado, estaba obligado á dar otro cuando el primero vino á estado de insolvencia."

«Por una parte se ha pretendido, que no habiendo prometido el deudor sino un fiador, ha satisfecho ya ó llenado su obligacion, pues que el acreedor aceptó como bueno el que se le ofreció, y de consiguiente que no debe ser molestado el deudor por una insolvencia sobrevenida despues, y de que no era responsable; mas por otra parte, se ha considerado que el acreedor no ecsigia el fiador sino para asegurarse invenciblemente de la ejecucion de un acto; que su intencion fue tener un fiador siempre en estado de solvencia, y que ofreciese una garantía real hasta el cumplimiento efectivo de la obligacion. Esta opinion se acuerda mejor con la naturaleza y objeto de la fianza, y de esto habemos sacado la consecuencia, que si el fiador llega à hacerse insolvente, el deudor queda todavía obligado á dar otro.»

Oigamos sobre el mismo art. 2020 á otro orador. «Segun el derecho romano (ley 3 al fin, tít. 1, lib. 46 del Dig.), cuando el fiador aceptado por el acreedor llegaba á hacerse insolvente, el deudor no estaba obligado á dar otro, y el acreedor se veia así privado de toda seguridad respecto del deudor que no presentaba en sí garantía alguna personal.»

«Ha parecido mas justo, y es tambien mas conforme al objeto de la fianza, y aun á la intencion de las partes, obligar en este caso al deudor á que dé otro fiador.»

«El acreedor ha contraido con el deudor sobre la fé de la fianza, y se alteraria la naturaleza de la obligacion si el fiador fallido no fuera reemplazado por otro, pues que la fianza era la condicion espresa de la obligacion, y que el acreedor, que no habia querido tratar con el deudor solo, se encontraria no obstante reducido á tenerle por único deudor.»

«Un solo caso hay en que el acreedor no tiene derecho de ecsijir otro fiador; y es cuando él mismo ha indicado y ecsijido nombradamente por una convencion espresa el fiador que despues ha venido á ser insolvente. Entonces él solo es responsable de la eleccion que ha hecho, y el deudor, á quien él obligó á darle precisamente este fiador, no puede quedar obligado á darle otro.»

«En este caso la designacion ó determinacion del fiador determina tambien la garantía del deudor; en vez de que, estipulando un fiador indeterminado, se entiende estipular una garantía que sea suficiente mientras dure la obligacion principal.»

«El art. 2020, dice un tercer orador, dispone que, cuando el primer fiador se ha hecho insolvente, se dé otro en su lugar; y la sola escepcion que admite á esta regla, es para el caso en que el mismo acreedor ha designado la persona que preferia para fiador.»

"Esta es una innovacion á lo dispuesto por derecho romano, y al uso consagrado por la jurisprudencia.»

«Pero esta innovacion se halla fundada en justicia y en razon, pues que el acreedor no ha contraido con el deudor sino bajo la garantía de la fianza. No sucede lo mismo cuando el acreedor ha impuesto al deudor la ley especial de darle por fiador una persona de su eleccion; desde entonces se presume que el acreedor se ha contentado con ésta, y que no ha querido otra. Así, es muy justo en este caso que la insolvencia posterior sea de su cuenta, y recaiga sobre él solo.»

Art. 2021 al 2024 inclusive. «Veamos desde luego el efecto de la fianza entre el acreedor y el fiador; siendo su objeto asegurar el cumplimiento de una obligacion principal, es preciso que el fiador cumpla por el deudor cuando éste no lo hace.»

«Dos solas cuestiones son las que pueden suscitarse aquí: ¿se dirigirá el acreedor contra el fiador antes de haber escutido al deudor principal? El fiador perseguido por la totalidad de la deuda ¿podrá ecsijir que el acreedor divida su accion en el caso de ser dos ó mas los fiadores?»

«En el antiguo derecho romano un acreedor podia compeler á los fiadores sin haber antes escutido al deudor principal; y á la verdad esto era un rigor estremado contra personas que muchas veces no se obligaban sino por un sentimiento de beneficencia y generosidad. Justiniano creyó que debia suavizarse este derecho, é introdujo en favor de los fiadores la escepcion que se ha llamado de *escusion*: su efecto es obligar al acreedor á que escuta al deudor principal antes de dirigirse contra los fiadores.»

«Esta escepcion, recibida entre nosotros, es toda en favor de los fiadores, y de aquí resulta: 1.º, que el fiador puede renunciarla; 2.º, que las diligencias del acreedor contra el fiador son válidas si éste no reclama el beneficio de la escusion; 3.º, que el fiador debe reclamar este beneficio desde el principio, porque como escepcion dilatoria, no tiene lugar desde que se entra en la defensa en lo principal. (Art. 2022.)

«¿Bastará al fiador decir vagamente que pide la prévia escusion del deudor principal; y no podrá el acreedor responderle que no conoce los bienes raices del deudor? Es por lo tanto preciso que el fiador indique los bienes cuya previa discusion reclama: ésta es su primera obligacion, y debe indicar, no bienes litigiosos absorvidos ya por las cargas, porque el acreedor no encontraria en esta indicacion sino un manantial de pleitos, sino bienes libres y que presenten una garantía del pago.»

"Debe el fiador indicar bienes que no estén muy apartados, y habemos dado ya la razon de ello; el acreedor ha querido tener una

prenda ó seguridad, y una prenda que estuviera á su alcance."

"En fin, al indicar estos bienes, el fiador debe tambien aprontar fondos suficientes para perseguir su escusion; el acreedor no habia ecsigido un fiador sino para mas asegurarse un pago fácil, y cuando el fiador reclama préviamente la escusion del deudor, debe hacerse ésta á su riesgo y costa: porque, ¿qué ventaja sacaria el acreedor de un fiador si para hacer la escusion que él reclama, se viera precisado à anticipar sumas que tal vez importarian mas que su crédito?" (Artículo 2023.)

"Pero si el fiador debe hacer la indicacion de los bienes y anticipar los gastos, al acreedor toca despues el perseguirlos. Aquí comienza su obligacion; es de toda justicia que él soporte la pena de su negligencia; sobre él pues recaerán las consecuencias de la insolvencia del deudor sobrevenida por falta de las diligencias que estaba obligado á practicar. Se ha debido proveer á la seguridad del acreedor; pero es necesario velar tambien por el interés del fiador, y no hacerle víctima de una inercia de que no es culpable. (Art. 2024.) (Sobre los mismos artículos dice otro): "Atendido el rigor del derecho, un fiador podria ser perseguido por el acreedor desde el instante en que el deudor fuese moroso en el pago, porque se obligó á cumplir la obligacion en el caso de no cumplirla el mismo deudor."

"¿Mas por qué se dispensaria al acreedor de todo paso ó diligencia contra un deudor que presentase medios de solvencia, y á quien seria fácil compeler al cumplimiento?"

"El deudor principal no queda libre por haber dado fianza; él es el primero con quien trató el acreedor; ¿por qué no será tambien el primero para ser escutido?"

«¿Y no es presumible por otra parte (á menos que no haya habido pacto especial en contrario), que el fiador no haya tenido intencion de obligarse á pagar sino únicamente en el caso que el mismo deudor no se hallase en estado de hacerlo? y no basta esta obligacion para la seguridad del acreedor?»

«¿No se debe por último tratar con algun favor á la fianza, que es un acto de beneficencia, con tal que el resultado definitivo sea que el acreedor se encuentre enteramente asegurado?»

«Tales son los motivos por los que se ha concedido al fiador convencional, caso de ser demandado, el derecho de requerir que el deudor principal sea préviamente escutido en sus bienes por el acreedor.»

«Esto es lo que se llama beneficio de escusion.»

«Desconocido en la antigua legislacion romana, debió su orígen y establecimiento à Justiniano; pero habia sido admitido en toda la Francia, y era de equidad el conservarlo.»

«El acreedor no puede quejarse de ello en ningun caso, pues que ha sido libre para no aceptar el fiador sino à condicion que renunciase el beneficio de escusion, ó que se obligase *in solidum* con el deudor, en cuyo caso tiene el derecho de perseguirle inmediatamente como á deudor solidario: pero si ha aceptado al fiador de una manera pura y simple, ha consentido voluntariamente en escutir antes al deudor principal: *Volenti non fit injuria.* (Art. 2021.)

"Con todo, por muy favorable que sea el beneficio de escusion,

ha sido circunscrito dentro de justos límites mirando por los intereses del acreedor.»

«Y por de pronto el acreedor no está obligado á escutir al deudor principal sino cuando el fiador lo reclama espresamente, y aun es necesario que lo reclame al entablarse contra el las primeras diligencias, pues que seria repelido si se habia defendido en lo principal; es una escepcion dilatoria, y debe por lo tanto ser opuesta *à limine litis*. Seria duro y penoso en demasía para el acreedor, que despues de haberle fatigado el fiador con dilaciones y ardides forenses, pudiera todavía alejar el pago de la deuda pidiendo la escusion del deudor.» (Art. 2022.)

«El proyecto de ley quiere ademas que la escusion reclamada sea de tal naturaleza que pueda hacerse breve y fácilmente; que no esponga al acreedor á retardos considerables ni à contestaciones desagradables, y finalmente, que el acreedor no tenga que anticipar los gastos necesarios para ella; en consecuencia, el fiador queda obligado por el proyecto á indicar los bienes del deudor que pueden ser escutidos, y à aprontar el dinero suficiente, y todavía se ecsige que no indique:

Ni bienes situados fuera del territorio del tribunal de apelacion del lugar donde debe hacerse, porque la distancia haria muy dificil la escusion de ellos.

Ni bienes litigiosos, pues que no se puede obligar al acreedor á sostener pleitos que pueden ser largos é inciertos, cuando ha debido contar sobre el cumplimiento que le habia prometido el fiador.

Ni bienes hipotecados à la deuda que no estan ya poseidos por el deudor, porque podria haber aun lugar à una larga escusion con los tenedores de estos bienes y con los acreedores.

Algunas personas han creido que estas condiciones son demasiado duras para el fiador; pero la facultad de reclamar la escusion es ya un beneficio bastante considerable que se concede al fiador, sin que deba ademas ser demasiado oneroso al acreedor: lo contrario equivaldria casi à hacer ilusoria la fianza.»

«Pues que se precisa al acreedor á una escusion que retarda el cumplimiento del contrato, pues que no se le permite seguir inmediatamente esta escusion contra el fiador, à pesar de habérsela garantido espresamente; es justo al menos, que el fiador á quien aprovecha esta escusion, y en favor del cual ha de hacerse, anticipe sus gastos y sufra sus riesgos, y que no indique sino bienes de pronta y fácil escusion.» (Art. 2023.)

«Pero cuando el fiador ha hecho las indicaciones prescritas, y ha aprontado los fondos necesarios, si el acreedor descuida la escusion, él solo es responsable de la insolvencia del deudor acaecida por falta de diligencias judiciales.»

«El beneficio de escusion no se concede à los fiadores legales y judiciales, porque estos no pueden poner restriccion á las fianzas que la ley ecsige, y por otra parte todo es de rigor en esta materia, sea á causa de la naturaleza de la deuda, sea á causa de la autoridad de la justicia.» (Art. 2024.)

«Por los mismos motivos el fiador de un fiador judicial no puede

pedir la escusion ni del deudor principal, ni del primer fiador. (Artículo 2043.)

Volviendo à los artículos 2021 al 2024 inclusive, oigamos à otro orador: «Sabido es que por el antiguo derecho romano el acreedor podia compeler al fiador á pagarle la deuda sin necesidad de dirigirse antes contra el deudor. Este rigor era tan escesivo como contrario á la naturaleza y al objeto mismo de la fianza, que no somete al fiador á la paga sino en el caso que el mismo deudor no puede satisfacer. Era pues justo hacerlo cesar y socorrer á los que obligándose por otro, no habian pensado que este acto de beneficencia pudiera llegar á serles dañoso. Tal fue el objeto que se propuso Justiniano estableciendo en su favor el beneficio de escusion. La jurisprudencia habia adoptado este nuevo derecho fundado sobre el favor debido à la fianza: por lo tanto el proyecto de ley ha debido tambien consagrarlo.»

«Por lo demas, siendo este beneficio una escepcion facultativa mas bien que un derecho rigoroso, el fiador es libre para hacerlo valer ó renunciarlo.»

"El puede hacer esta renuncia bien por una cláusula espresa, bien obligándose por entero ó *in solidum* con el deudor; y en este último caso su obligacion se arreglará por los mismos principios que la ley ha establecido para las deudas solidarias.»

«Pero en el caso de no haber por su parte ni renuncia ni solidaridad, tendrá derecho de ecsigir que el acreedor escuta préviamente al deudor, y haga constar su estado de insolvencia.» (Art. 2021.)

«Siendo el beneficio de escusion una escepcion puramente personal del fiador, resulta de ello con toda evidencia, que el acreedor no debe perseguir al deudor personal sino cuando aquel lo reclama. Pero, ¿cuándo debe reclamarlo? ¿Podrà hacerlo en cualquiera estado de la causa ó pleito? No: esta reclamacion deberá hacerse desde luego que se dirijan contra él las primeras diligencias.» (Art. 2022.)

«Ni basta que el fiador reclame la escusion; debe ademas *indicar al acreedor los bienes del deudor principal, y anticipar el dinero suficiente para hacer la escusion*; mas no debe indicar ni bienes sitos fuera del territorio del tribunal de apelacion del lugar en que debe hacerse el pago, *ni bienes litigiosos, ni los hipotecados á la deuda que no están ya poseidos por el deudor.*»

«Tal es la disposicion literal del artículo 2023.»

«Este artículo ha sido impugnado por uno de nuestros colegas, que ha creido ver en él una doble injusticia en cuanto somete al acreedor à anticipar los gastos de la escusion, y no le permite indicar al acreedor *los bienes hipotecados al pago de la deuda* cuando están poseidos por un tercero»

«Yo no tengo ni el tiempo, ni la facultad de analizar aquí la opinion emitida por él sobre este punto. Por otra parte, esta opinion ha sido ya refutada tan victoriosamente, que puedo muy bien creerme dispensado de haber de refutarla segunda vez.»

«Observaré solamente, que la obligacion impuesta por este artículo (2023) al fiador de anticipar *los gastos* suficientes para perseguir ó escutir al deudor, no es una innovacion; que esto se practicaba ya

entre nosotros; y que, por otra parte, esta obligacion resulta de la naturaleza misma de la fianza.»

«Y en suma, si la escusion cede enteramente en beneficio del fiador, si este no la reclama sino para libertarse de una deuda que él mismo ha garantido, y en la que sin esto no habria consentido el acreedor, ¿no será justo que él anticipe los gastos?»

«En cuanto á la objecion tomada de la prohibicion hecha al fiador de indicar los bienes hipotecados á la deuda que están poseidos por un tercero, no parece ni mas sólida, ni mejor fundada.»

«Yo convengo en que, siendo la hipoteca una carga real, sigue necesariamente á la finca ó prédio sobre que está impuesta, donde quiera que se encuentre, y sea cualesquiera su poseedor.»

«Convengo asimismo en que si los bienes hipotecados, aunque despues enagenados, se indican al acreedor, podrá éste ejercer la accion hipotecaria contra el tercer poseedor, y obtener por ella ó el pago de la deuda, ó la espropriacion; y que por consiguiente, la prohibicion de indicarlos puede sustraerle esta prenda ó seguridad de su crédito.»

«Pero no es menos cierto que para perseguir la hipoteca, habia de litigar el acreedor no solo con el deudor, sino tambien con el tercer poseedor de aquella; que estos pleitos acarrearian retardos y dilaciones; y que tal vez acabaria por hacer la fianza mas onerosa que útil.»

«Y seguramente no fue esta la intencion y voluntad ni del acreedor cuando ecsigió una fianza sólida y segura, ni del fiador cuando se sometió á garantirle el pronto y fácil reembolso de su crédito.»

«Se ha insistido mucho sobre los inconvenientes de ejecutar la disposicion relativa á las anticipaciones que deben hacerse al acreedor.»

«Sin duda que la ejecucion indicada presenta algunas dificultades; mas como esta materia es del todo estraña al código civil, y debe ser arreglada por el código judicial, seria prematuro discutirla aqui. Por otra parte, la sabiduría del gobierno, que ha superado tantos y tan grandes obstáculos, sabrá hacer desaparecer tambien esos que tanto se afecta temer ahora.»

«Creeria abusar de vuestra atencion, ciudadanos legisladores, si insistiera por mas tiempo sobre objeciones que no han hecho impresion alguna en el espíritu de algunos miembros del tribunado, y que seguramente no la harán mayor en el vuestro.»

«Cuando el fiador haya satisfecho á la doble obligacion que le impone el art. 2023, y el deudor resulte insolvente por falta de diligencias de parte del acreedor, ¿sobre quién recaerán las consecuencias de esta insolvencia? Sin duda sobre el acreedor; y esto es tanto mas justo, cuanto que habiendo sido negligente en apremiarlo, habrá de imputarse á sí mismo el haber ocasionado esta insolvencia, ó al menos no haberla prevenido por las diligencias que debia practicar.» (Art. 2023.)

(Art. 2023) Las objeciones á que alude el antecedente orador como hechas al art. 2023, y las respuestas dadas á ellas, son las siguientes: el orador que impugna el citado artículo se espresa así: «Supuesta la disposicion del art. 2023, el fiador simple, perseguido por el acreedor, y que requerirá á éste para que escuta préviamente al deudor principal en sus bienes no litigiosos y sitos en el territorio del tribunal de

apelacion, estará obligado á anticipar los gastos à que dieren lugar las diligencias de escusion.»

«Yo ecsaminaré seguidamente cuáles podrán ser los medios de arreglar el total de estas anticipaciones: en qué manos deberàn depositarse los fondos que deberá aprontar el fiador; cómo se llegará à conocer si los primeros fondos han sido empleados útilmente, para que el fiador pueda ser compelido á aprontar ó suplir nuevamente otros.»

«Bien sé que todos estos puntos corresponden al Código judicial; y aun pienso que la disposicion propuesta, y cuya efecto sería obligar á los fiadores á la anticipacion de los fondos necesarios para la escusion, no debería, aun en el caso de poder aprobarse, ser colocada en el Código civil, y que su lugar oportuno sería en el judicial ó de procedimientos.»

«Pero ella es presentada en el *título de la fianza*, destinado á ser el catorce del libro tercero del Código civil; y puesto que aquí la encuentro, aquí la combato.»

«Fuertes razones debe sin duda haber para dar lugar en nuestra legislacion á una escepcion única en su clase, cuyo efecto será imponer á una persona la obligacion de anticipar los gastos de una instancia en la que ni aun parte será, y autorizar á la que litiga à tomar del bolsillo de la que no litiga lo necesario para ocurrir á los gastos de su accion é instancia.»

«Yo busco en vano los motivos que han podido hacer admitir esta escepcion ecsorbitante del derecho comun, y por qué el fiador ha de ser el objeto de este disfavor.»

«El co-acreedor no está obligado à *anticipar* su porcion de los gastos que hace su co-acreedor para conseguir que su deudor comun sea condenado.»

«El co-deudor perseguido en juicio no tiene accion contra sus codeudores para compelerlos á que le *anticipen* los gastos que hace para su liberacion ó absolucion comun.»

«El demandado que está garantido no puede ecsigir del que le garantizó, la *anticipacion de los gastos* necesarios para su defensa.»

«En todos estos casos, los recursos, caso de haber lugar á ellos, se entablan sí, pero solamente despues de fenecido el juicio sobre lo principal.»

«No perdais de vista, ciudadanos tribunos, que las disposiciones del proyecto de ley no se aplican sino á los fiadores simples, y no á los solidarios.»

«El fiador solidario es respecto del acreedor un verdadero deudor principal; las reglas relativas á esta solidaridad se encuentran en la seccion 4.ª, cap. 3.º del título *de las obligaciones convencionales*, que ha sido ya aprobado, y no se vé en él disposicion alguna que someta al fiador solidario á la anticipacion de los gastos que haga el acreedor cuando se dirija contra el deudor principal»

«La fianza simple es ordinariamente un acto de beneficencia por el que un amigo, un buen pariente, un buen vecino, se prestan al socorro de su vecino, de su pariente, de su amigo, y le consiguen así plazos ó respiros que necesita para salir de sus empeños presentes, ó le proporcionan los medios de consumar una negociacion ventajosa con

un tercero que no conoce bastantemente la solvencia de aquel con quien trata »

« La fianza no es menos útil al acreedor que al deudor; si facilita las operaciones de éste, es tambien la garantía de aquel; y si el fiador es de notoria responsabilidad ó solvencia, viene à equivaler á la prenda.»

«El proyecto de ley nos dice que son de derecho comun las obligaciones del fiador simple, es decir, del que no ha renunciado el beneficio de escusion, ó que no se ha obligado solidariamente con el deudor. »

« El fiador, segun el art. 2021, no está obligado para con el acreedor sino á pagarle en defecto del deudor, que debe ser préviamente escutido en sus bienes,» &c.

« Yo no ataco las disposiciones del art. 2023, segun las que, el fiador no puede indicar bienes del deudor que sean litigiosos ó estén situados fuera de la demarcacion jurisdiccional del tribunal de apelacion del lugar en que debe hacerse el pago. »

« El acreedor está suficientemente protegido por estas dos disposiciones, puesto que no se verá obligado à aguardar la conclusion de los pleitos que retardarian sus diligencias y su pago, ni ha de tener que trasladarse á largas distancias.»

«Es indudable que si la ley no sujetàra al fiador à anticipar al acreedor los gastos necesarios para la prévia escusion del deudor, podria suplirse á este silencio por una estipulacion en que consintiese el fiador, así como éste podria ser dispensado por el acreedor, aun cuando la ley le impusiera tal obligacion por derecho comun.»

«Pero de que las partes pueden ponerse de acuerdo y arreglar este punto, no debe inferirse que es indiferente que establezca el derecho comun para los casos en que las partes nada hayan pactado especialmente sobre ello, un derecho estremamente rigoroso, ecsorbitante, y en oposicion con los principios que han dirigido la redaccion del proyecto de ley.»

«¿No será de derecho comun que el fiador simple ó no solidario, y que no haya renunciado al beneficio de escusion , no esté obligado para con el acreedor sino à pagarle en defecto del deudor, y que este acreedor esté igualmente obligado á escutir préviamente al deudor en los bienes que el fiador queda autorizado à indicarle?»

«Si se me objeta que será el fiador el que, perseguido inmediatamente por el acreedor, le habrà requerido para que dirija desde luego su accion contra el deudor principal, indicàndole bienes de éste situados en el territorio del tribunal de apelacion del lugar en que debe hacerse el pago, y que sean suficientes y no litigiosos: respondo que el fiador usará del derecho que le da la ley; y que precisamente, para usar de este derecho, no se habrá obligado solidariamente, ni renunciado el beneficio de escusion.»

«Sujetar al fiador, no solo à pagar en último resultado (si llega este caso), sino á la anticipacion de los gastos que ecsija la escusion, es concederle por un lado el beneficio de escusion, y por otro retirárselo en el mismo instante, al menos implícitamente; porque habrá de considerarse como parte actora ó al acreedor que no intervendrá en el pleito sino para dar en él su nombre, ó al fiador que, sin ser parte formal, estará no obstante obligado à anticipar todos los dias los gastos

que ocasione la instancia, sin poder dirigirla ni elegir abogado y procurador.»

«Esto seria igualar al fiador simple con el solidario, y estender su obligacion mas allá de sus justos límites.»

«El legislador debe establecer el derecho comun para los casos mas ordinarios; y lo mas ordinario será que las obligaciones entre los acreedores y simples fiadores no contengan estipulacion relativa á la anticipacion de los gastos que tenga que hacer el acreedor contra el deudor, si se vé obligado á escutirle. Sin duda que un notario instruido, solícito y prudente advertirá al fiador simple ó no solidario toda la estension de las obligaciones que contrae; pero no son hechas en instrumentos públicos todas las fianzas; pueden tambien hacerse en instrumentos privados: y aunque nadie puede sustraerse á sus obligaciones so pretesto de ignorar la disposicion de la ley, sin embargo, ésta misma debe garantir de toda sorpresa, y aun de todo error á los que se obligan; y creo haber demostrado que el derecho comun, en el caso de haber guardado silencio los contratantes, no debe ser mas rigoroso respecto de los fiadores simples, que lo es respecto de los co-deudores y de los demandados que estàn garantidos.»

«La fianza debe merecer una proteccion especial á la ley, porque es un acto de beneficencia, facilita las negociaciones, establece la confianza, aumenta el crédito, y es útil al Estado, favoreciendo la circulacion y multiplicando las operaciones.»

«El interés del acreedor de buena fé es sin duda el primero de todos; la ley no debe alterar ni debilitar ninguno de los medios de apremio y ejecucion que él puede emplear contra sus deudores y los fiadores de éstos. La obligacion de los fiadores simples debe tambien surtir todo su efecto, pero únicamente despues de haberse empleado inútilmente en los casos determinados por la ley la escusion del deudor principal; es decir, cuando el deudor tiene bienes no litigiosos, sitos en el territorio del tribunal de apelacion del lugar donde debe hacerse el pago, y cuando el fiador los haya indicado. La obligacion de escutir, llegado que sea el caso, incumbe al acreedor, y como todo actor ó demandante, debe anticipar los gastos que ocasione su accion ó instancia, salvo su derecho de reclamarlos despues contra quien haya lugar.»

«No siendo así, cuantas veces no pagára el deudor al plazo ó tiempo convenido, el acreedor, por mas notoria que fuese la solvencia del deudor, no dejaria de perseguir imediatamente al fiador no solidario, para obligarle por este medio artificioso á anticipar los gastos de la escusion.»

«Se ha dicho que en algunos lugares ó parte de Francia la jurisprudencia estaba conforme con lo que se propone en el proyecto; pero á esto respondo que el Código civil no se hace para algunas localidades, sino para toda la estension de la República: y añado que las mas veces, aun en los lugares donde se hallaba establecida esta jurisprudencia, era ilusoria su aplicacion, ó mas bien, se descuidaba hasta su simple reclamacion.»

«En efecto, ¿dónde se depositará la cantidad de las anticipaciones que deberá hacer el fiador? ¿En las manos del acreedor? No hay necesidad de desenvolver los inconvenientes que podrian resultar de esto.

¿Será en la casa ú oficio de consignaciones, ó en la misma escribanía? En tal caso se agravará la suerte del fiador, porque habrá de pagar un tanto por ciento mas por razon del depósito.

«Dícese que el fiador puede evitar todos estos inconvenientes pagando la deuda, y que despues podrá recurrir contra el deudor.»

«Fácil por cierto es responder á esta objecion.»

«El que ha salido por fiador sin obligarse *in solidum* y sin renunciar el beneficio de escusion, ha podido, sin nota de imprudente, dispensarse de cuidar sobre el vencimiento de la deuda. El sabia que el deudor tenia bienes, y que estos habian de ser escutidos préviamente por el acreedor si aquel no pagaba al vencerse el plazo ó término.»

«En una palabra, la obligacion del fiador simple se reduce á garantir, en provecho del acreedor, el pago de la deuda, despues que este haya escutido inútilmente al deudor en los bienes cuya indicacion está autorizada por la ley.»

«La disposicion que yo impugno dará lugar à un sinnúmero de litigios, tanto para fijar (y es de presumir que el acreedor y fiador nunca se pondrán de acuerdo sobre esto) el total de la suma que deba apromtar el fiador, como el suplemento que le pedirá el acreedor cuando pretenda que se ha consumido la suma primeramente depositada.»

«En todos los casos la anticipacion, que no podrá ecsigirse sino á lo que monten los gastos por rigorosa tasacion, no acarreará al acreedor tanto provecho, como incidentes y gastos de pura pérdida le ha de ocasionar.»

«Con mayor confianza todavía impugno la última disposicion del mismo art. 2023. En él se ordena, que el fiador *no podrá indicar los bienes hipotecados á la deuda, si no están ya en posesion del deudor.*»

«¿Y qué importa que estén poseidos por otro cualquiera, si, cómo lo supone el mismo proyecto, no han cesado de estar *hipotecados á la deuda*, y todavía lo están?»

«Sin esta hipoteca no habria consentido el fiador en la obligacion á que se ha sometido; y de fiador simple no puede convertirse en fiador solidario, ó lo que es lo mismo, no puede ser privado del beneficio de escusion por un acto que es hecho ageno, que el no ha podido prevenir ni estorbar, y que en nada cambia la suerte ni los derechos de los interesados.»

«Efectivamente, ni el acreedor hipotecario ni el fiador que no se ha obligado sino por consideracion á la hipoteca, pueden poner obstáculo á la enagenacion de la finca hipotecada. Esta enagenacion no les perjudica si han tomado las precauciones convenientes para conservar su hipoteca.»

"Observad bien, ciudadanos tribunos, que conforme á esta redaccion, si *ellos* (los bienes hipotecados á la deuda) *no están ya en posesion del deudor*; no seria necesario que hubiese un acto traslativo de propiedad, y que bastaria que el deudor hubiera perdido la simple posesion de ellos, para que la fianza simple se trasformase en fianza solidaria, y tal vez por efecto de una colusion entre el deudor y el nuevo poseedor.»

«Observad tambien, que el deudor podria solamente permutar la finca hipotecada á la deuda: esta finca no se encontraria ya en la posesion del deudor, ni podria ser indicada al acreedor por el fiador contra el que se dirigió, y en este caso el fiador simple ó no solidario quedaria tambien privado del beneficio de escusion.»

"Se ha pretendido justificar esta disposicion, al pronto, porque la enagenacion podria dar lugar á un estado de órden en el que no puede el acreedor ser obligado á figurar; y en fin, porque habiendo ya instancia entre el acreedor, el fiador y deudor, resultarian inconvenientes de traer á ella al tercer poseedor que seria un cuarto litigante, y cuya defensa complicaria el negocio principal.»

«Pero la solucion de estas objeciones se presenta por sí misma.»

«El acreedor hipotecario no puede impedir que en el caso de una espropriacion forzada, haya un estado de órden ó graduacion que tendria igualmente lugar aunque el mismo deudor se hallase en posesion de los bienes hipotecados á la deuda. Todo lo que le interesa es ser empleado ó clasificado en este estado ó juicio en un lugar ventajoso. La enagenacion en nada le perjudica si su hipoteca ha conservado su anterioridad de tiempo y su privilegio.»

«En cuanto á la segunda objecion, si el fiador ha obligado al acreedor à escutir al deudor en los bienes que la ley le autoriza á indicar, ya no hace parte en la causa, y esta se seguirá únicamente entre el acreedor y el deudor: la circunstancia de la enagenacion es indiferente. ¿Vendrá acaso el tercer poseedor á justificar su cualidad, y aun la trascripcion ó toma de razon de su título? Si tal hace, probará al mismo tiempo la ecsistencia de la hipoteca, porque no habrá podido hacerse esta trascripcion sino con la carga y especificacion de las hipotecas anteriormente inscritas, de lo que será responsable el conservador ó contador del oficio de las mismas.»

«No trato de prejuzgar sobre el régimen ó sistema hipotecario que será consagrado en nuestras leyes; pero sea el que se quiera, se puede asegurar que presentará los medios y prescribirá las solemnidades que basten para establecer y conservar las hipotecas.»

«La accion hipotecaria es real ó predial por su naturaleza, y nada importa para ejercitarla quién sea el propietario actual de la finca hipotecada.»

"Tal vez reputeis como temeridad el que yo haya impugnado no solo el proyecto de ley, sino tambien la opinion de la mayoría de vuestra seccion de legislacion, opinion que acaba de seros manifestada por su relator.»

«Los nombres recomendables de los sábios que han redactado este proyecto de ley y de los que lo han discutido, deberian tal vez haber bastado para hacerme abandonar mi propósito de combatirlo.»

«Movido de esta consideracion, me he dicho mas de una vez á mi mismo que se me podria acusar de estar en demasía aferrado á una primera opinion; pero no está en mano del hombre de buena fé renunciar á lo que cree íntimamente ser justo y bueno.»

Estas objeciones fueron contestadas por otro orador en los términos siguientes: «El artículo 2023 del proyecto de ley sobre la *fianza* ha sido combatido por dos motivos.»

«Háse dicho 1.°, que el fiador que forzaba al acreedor á escutir en sus bienes al deudor, no debia estar obligado á anticipar los fondos necesarios para esta escusion: 2.°, que debia autorizarse al fiador para requerir la escusion de los bienes hipotecados à la deuda, aunque no estuviesen ya en la posesion del deudor.»

«En pocas palabras responderé à los medios en que se ha procurado apoyar esta doble objecion.»

«La fianza tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligacion principal, que para ser ejecutada *como debe serlo*, es preciso que la deuda se satisfaga *á su vencimiento*; el fiador, pues, no solamente está obligado á pagar ésta cuando el deudor mismo no la satisface, sino tambien á pagarla al vencimiento del término fijado por la obligacion; pues de otro modo no se obligaria efectivamente á la ejecucion de todo lo que prometió el deudor.

«De aqui resulta que si este no pagase, deberia tener el acreedor desde el instante del vencimiento del término, el derecho de apremiar al pago al fiador.»

«Tal era la disposicion del romano, muy conforme ademas á la naturaleza y espíritu de la fianza.»

«Sin embargo, el proyecto de ley admite la escepcion introducida por el emperador Justiniano; autoriza al fiador para que obligue al acreedor á escutir al deudor en sus bienes, y mientras dura la escusion, liberta del apremio al fiador.»

«De este modo consigue éste una dilacion negada al deudor, y se encuentra desembarazado de una de las obligaciones principales del contrato afianzado, á saber, *el pago al vencimiento del término*; lo que sin duda es un beneficio muy considerable.»

«Este privilegio concedido al fiador se llamó por el emperador Justiniano *beneficio de escusion*, denominacion que tambien conserva en el proyecto de ley.»

«Es un beneficio! debe pues encerrarse en límites justos y determinados, y la ley que lo concede puede imponer en él cuantas condiciones juzgue convenientes.»

«Es una derogacion del derecho que deberia tener el acreedor para reclamar la ejecucion en el instante del vencimiento, tanto contra el fiador, como contra el deudor. Procuremos á lo menos que esta derogacion no sea mas onerosa al acreedor de lo que permite la equidad.»

«Tales fueron los motivos porque generalmente se estableció en la antigua jurisprudencia, que el fiador anticipase los fondos necesarios para la escusion, y que no pudiese ecsigir sino la que fuera por su naturaleza de fácil y pronta ejecucion»

«Considerado bajo este aspecto el proyecto de ley, no introdujo un derecho nuevo.»

«Pero, ¿á quién favorece la escusion hecha en los bienes del deudor? No es ciertamente el acreedor el favorecido, puesto que por ella se dilata el pago de la deuda, obligándole á diligencias desagradables, cuando podria, en el momento mismo, apremiar al pago al fiador.»

«La escusion pues se verifica para el fiador, á quien (y este solo es su objeto) ecsime del pago; y á él únicamente aprovecha, procurándole su desempeño, ó concediéndole al menos una dilacion. ¿No es

pues justo que éste anticipe los fondos necesarios para una escusion que solamente por sus propios intereses se admite? ¿Y no seria demasiado riguroso para el acreedor, á quien este privilegio acarrea dobles perjuicios por el retraso y embarazos que le causa, verse forzado á hacer el anticipo de las sumas indispensables para ejecutarla?»

«Esta sola reflecsion responde llenamente á todas las observaciones que en favor de la fianza se han espuesto.»

«Se ha dicho que se dará lugar á innumerables contestaciones entre los acreedores y el fiador para la fijacion y remision de las sumas necesarias para la escusion.»

«Pero al tiempo mismo de proponer la objeccion se ha dado inadvertidamente su respuesta: se proveerá á este objeto en el código *de enjuiciamiento.*»

«¿Será dificil mandar que el fiador apronte la suma que estime bastante, y que tan luego como el acreedor justifique haberla empleado, vuelva el fiador á aprontar otra suma para que vaya adelante la escusion, ó bien pague la deuda?»

«Si el fiador teme que no se haga la escusion como á él le conviene, será dueño de intervenir en ella.»

«La segunda objecion hecha contra el art. 2023 se destruye por los mismos motivos que la primera: porque està igualmente en oposicion con la naturaleza y objeto de la fianza.»

«La escusion que el fiador tiene derecho de reclamar, no debe de ser larga ni dificil: la equidad lo quiere asi; los autores no han cesado de reclamarlo, y los tribunales lo han decidido asi constantemente.»

«¿No seria pues esponer al acreedor á una escusion larga y dificil el forzarle á escutir los bienes que no estarian ya en la posesion del deudor principal? ¿No tendria él que sostener contestaciones sinnúmero tanto con los terceros poseedores de los bienes, como con los acreedores? ¿Las demandas de desistimiento, las espropriaciones forzadas, los juicios de órden ó graduacion no son verdaderos pleitos? ¿Y por qué se precisaria al acreedor á sufrir todas estas dilaciones y disgustos sin otro resultado que favorecer al fiador? En verdad que esto seria haber comprado muy, y aun demasiadamente caro, el beneficio ó ventaja de la fianza.»

«Dícese que puede haber connivencia entre el deudor y el acreedor.»

«¿Pero no queda subrogado el fiador en todos los derechos del acreedor, y no queda tambien del todo libre cuando por algun hecho ó culpa del acreedor no puede verificarse esta subrogacion?»

«El contrato de fianza es un acto muy útil en la sociedad; y el medio mas seguro de multiplicar su uso es organizarlo de manera que inspire una gran confianza al acreedor, sin esponerle á largas y desagradables contestaciones.»

«Tales son, ciudadanos tribunos, las razones que habian determinado á vuestra seccion de legislacion á no acoger las observaciones que uno de nuestros colegas ha venido à reproducir en esta tribuna. La seccion persiste en la proposicion que os ha hecho, por mi órgano, de votar la adopcion del proyecto de ley.» (Art. 2023.)

Habemos quedado en el artículo 2024; seguiremos por su órden la discusion de los restantes.

Arts. 2025, 2026 y 2027. «Yo anuncio aqui una segunda dificultad; la de saber si un fiador perseguido por la totalidad de la deuda puede pedir que el acreedor divida su accion entre todos los fiadores, caso de haberlos.»

«La escepcion de *division* fué tomada del derecho romano, y admitida entre nosotros.»

«No puede haber duda en que los fiadores quedan obligados á toda la deuda; y de aquí se sigue, que siendo varios los fiadores, y no habiendo mas que uno de ellos en estado de solvencia, sobre éste solo recaerá la totalidad de la carga. Pero si todos ó algunos de ellos se encuentran en estado de pagar, ¿por qué no habrá de pedir el acreedor á cada uno su parte? El ha querido solamente asegurarse el pago, y no corre sobre esto ningun riesgo cuando todos los fiadores pueden pagar; la division de la accion en nada le perjudica, y por lo tanto ha podido ser admitida sin ofender ni menoscabar el objeto de la fianza.»

«El interés del acreedor únicamente ecsige que la parte de los fiadores insolventes *en el momento en que se hace la declaracion de division* recaiga sobre los otros; y así se ha dispuesto especial y terminantemente.»

« Por lo demas, como la division es un beneficio introducido en favor del fiador, es indudable que puede renunciarlo; asi como lo es que el acreedor puede dividir voluntariamente su accion, y renunciar su derecho de perseguir á uno de los fiadores por la totalidad de la deuda.»

« Los fiadores, dice sobre estos artículos el segundo orador, gozan todavía de otro favor.»

« Cuando muchas personas han fiado á un mismo deudor por la misma deuda, aunque realmente cada una de ellas queda obligada á la totalidad de la deuda, puesto que cada una la ha garantido por entero, pueden sin embargo ecsigir que el acreedor divida su accion, y la reduzca contra cada una de ellas á su parte y porcion solamente.»

« Esto es lo que se llama beneficio de division, el cual fué introducido en el derecho romano por el emperador Adriano, y que estaba admitido en toda la Francia, así como el beneficio de escusion.»

« Pero no puede pedirse la division sin que el acreedor haya intentado su accion; y hasta que se pida, todos los fiadores quedan responsables de las insolvencias de cada uno de ellos.»

« ¿Qué perjuicio puede esperimentar el acreedor de que se le precise á dividir su accion contra unos fiadores que se hallan en estado de pagar, y que responden de la insolvencia de los otros? Es evidente que nada vá á perder en esto.»

« Por otra parte, él ha podido en el acto de recibir la fianza hacer que los fiadores renunciaran el beneficio de la division, asi como el de la escusion.»

Un tercer orador dice sobre lo mismo: « Segun el art. 2025, si muchas personas prestan fianza por una misma deuda, *cada una de ellas responde de la totalidad de la deuda.* »

« En el antiguo derecho romano, los co-fiadores que se habian obligado por un solo y mismo deudor, eran solidariamente responsables de la deuda. Pero el emperador Adriano juzgó à propósito modificar esta solidaridad, concediéndoles el beneficio de division, es decir,

la facultad de repartir entre ellos la deuda para no pagar cada uno sino su parte y porcion de ella.»

«El proyecto de ley admite todavía esta escepcion en favor de los fiadores; asi cada uno de ellos, á menos de haberlo renunciado, podrá ecsigir que el acreedor divida préviamente su accion, y la reduzca à la parte y porcion de cada uno. Pero si antes de pedirlo habia algunos fiadores insolventes, este mismo fiador responderia proporcionalmente de estas insolvencias, pero no de las que despues sobreviniesen.»

«Por igual razon si el acreedor ha juzgado á propósito dividir por sí mismo su accion, no podrá ya volverse contra esta division, y todas las insolvencias anteriores serán de su cargo; lo que parece tanto mas conforme á razon, cuanto que pudiendo anteriormente hacerlas recaer sobre los co-fiadores, y no habiendo usado de esta facultad, debe presumirse que la renunció formalmente.»

Arts. 2028 y 2029. «Ahora es menester ecsaminar la fianza en sus efectos entre el fiador y el deudor.»

«El fiador paga cuando por su parte no lo hace el deudor. El primer efecto de este pago ha debido ser la subrogacion del fiador en todos los derechos del acreedor. Este es el tercer beneficio que la ley concede al fiador, sin necesidad de que lo reclame: la subrogacion es pronunciada por la ley, porque resulta del solo y simple hecho del pago, y nosotros habemos descartado las vanas sutilezas que antes se creian necesarias para sustituir una pretendida accion de mandato, cuando el acreedor no subrogaba espresamente en su caso y lugar derechos al fiador. La accion del acreedor pasa á manos del fiador, y el recurso de este contra el deudor abraza la deuda principal, los intereses y gastos legítimos, al menos los que haya hecho desde la intimacion ó denuncia de las diligencias.»

El segundo orador dice: «Este contrato es de parte del fiador para con el deudor un acto de beneficencia.»

«Por lo tanto el deudor debe al fiador una indemnizacion completa, aun cuando la fianza haya sido dada sin noticia suya.»

«El deudor puede realizar esta indemnizacion, sea pagando él mismo la deuda, sea haciendo que el acreedor dé por libre y quito al fiador, sea reembolsando al fiador de todo lo que legítimamente haya pagado por él.»

«Así, cuando el fiador ha pagado, aun voluntariamente y sin ser apremiado en juicio, tiene de derecho recurso contra el deudor, y queda subrogado en los derechos del acreedor.»

Tercer orador: «El proyecto de ley distingue tres hipótesis: 1.ª, el caso en que el fiador haya pagado viéndose perseguido por el acreedor: 2.ª, cuando haya pagado sin avisar al acreedor y sin ser apremiado: 3.ª, cuando por circunstancias imperiosas tuviese que obrar contra el deudor, aun antes de haber pagado.»

«En el primer caso, bien haya sido dada la fianza sabiéndolo ó ignorándolo el deudor, puede el fiador que ha pagado reclamar contra aquel; y esta reclamacion tiene lugar no solo por el principal de la deuda, sino por los intereses y por los gastos que haya hecho el fiador despues de haber denunciado al deudor que se le apremiaba á la paga, y finalmente por los daños y perjuicios, cuando haya lugar à ellos.»

«¿Quién nó vé que este recurso es evidentemente justo? ¿Cómo, en efecto, se negará al fiador el derecho de repetir contra el deudor todo lo que ha sido precisado á pagar en descargo suyo?

Arts. 2030 y 2031. «Si el fiador hubiese garantido á muchos deudores solidarios, tendrá derecho de repetir de cada uno de ellos la totalidad de lo que ha pagado, porque efectivamente cada uno de ellos era deudor del todo.»

«Nosotros suponemos que un fiador ha pagado válidamente, cuando no ha pagado sin noticia del deudor, ni en perjuicio de una defensa ó escepcion perentoria que hubiera podido oponer este.»

«En fin, si el deudor ignorando el pago hecho por el fiador, paga despues por su parte al acreedor, no tendrá el tal fiador recurso contra el deudor, á quien nada puede reprochar.»

«El fiador, dice otro orador, no puede perjudicar á los derechos del deudor.»

«Si paga antes del vencimiento de la deuda, no podrá ejercitar su recurso sino cuando se venza.»

«Si paga mas de lo que es debido, no podrá repetir el esceso.»

"Si paga sin avisar de ello al deudor, y éste vuelve à pagar, solo tendrá la accion de restitucion contra el acreedor.»

«En fin, si ha pagado sin ser apremiado á ello y sin dar aviso al deudor, no tendrá recurso contra este, cuando tenia, al hacerse el pago, medios ó escepciones para hacer declarar que la deuda estaba estinguida.»

El tercero dice: «Es de toda justicia el negar al fiador el derecho de repetir contra el deudor cuando ha pagado benévolamente sin ser apremiado y sin dar noticia de ello al mismo deudor; porque este podia tener escepciones que hacer valer, compensaciones que oponer, en una palabra, medios de cualquiera especie para hacer declarar estinguida la deuda; y se ha visto en la imposibilidad de proponerlos, si el fiador no le ha hecho saber las diligencias practicadas contra él.»

«Era pues justo negar este recurso al fiador cuando por ignorar que este hubiese pagado, lo ha hecho segunda vez el deudor; pero en uno y otro caso el proyecto ha debido reservar al fiador, y en efecto le ha reservado, la accion para repetir contra el acreedor.»

Art. 2032. «Aun cuando el fiador no haya pagado la deuda, puede pedir que el deudor le indemnice en los casos siguientes:

1.º Si el fiador es perseguido en juicio para el pago; porque no se ha obligado respecto del deudor á pagar por él, ni à soportar los gastos, ni á anticipar los fondos necesarios para la escusion.

2.º Si el dueño está en quiebra.

3.º Si el deudor se ha obligado á libertar ó relevar al fiador dentro de cierto tiempo, y este ha espirado, porque es una condicion de la obligacion contraida por el fiador, y esta condicion debe cumplirse.

4.º Si la deuda ha llegado á ser ecsigible por el vencimiento del término ó plazo, aunque el acreedor no apremie todavía para el pago, porque el fiador tiene interés en que así lo haga, no sea que el deudor venga despues á estado de insolvencia.

5.º Despues de diez años cuando la obligacion no tiene plazo ó

término fijo, porque no es justo que el fiador quede obligado perpétuamente.»

«Sin embargo, en este último caso, si la obligacion fuese de tal naturaleza que no pudiera estinguirse antes de cierto tiempo, el fiador no podria antes de espirar este tiempo, por largo que fuera, pedir su relevacion, porque ha conocido ó debido conocer la naturaleza y duracion de la deuda que garantiza con su fianza."

«El que se ha constituido fiador por un tutor, no puede pedir su relevacion mientras dure la tutela; porque ha debido saber que la obligacion que resulta de la administracion de la tutela, no puede acabarse sino con la misma tutela.»

Otro orador dice: «Una sola observacion me resta que hacer sobre los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador.»

«No se puede negar á éste el derecho de tomar sus seguridades contra el deudor; asi es que puede pedir que se le indemnice cuando se ve perseguido por el acreedor, y aun cuando no lo sea, siempre que el deudor esté fallido; lo puede igualmente, cuando el deudor es moroso en relevarle, habiendo prometido hacerlo para época determinada, ó cuando se ha vencido el plazo de la deuda. Puede muy bien suceder que el acreedor se olvide de su crédito y no inste para el pago; pero esto no debe bastar para que tambien el fiador se adormezca, y en todos estos casos tiene accion para perseguir al deudor y compelerle á que estinga su obligacion. Habemos ido aun mas adelante, y creido que era de toda justicia el fijar una época determinada en la que pueda el fiador compeler al deudor á que le releve de la fianza, siempre que la duracion de esta no haya sido arreglada en el contrato, ó cuando la obligacion principal no es de tal naturaleza que deba tener un curso determinado, por ejemplo, la tutela. El principio de esta disposicion ecsiste en el derecho romano. Cierto es que no se encuentra determinado el tiempo ó momento en que el fiador podia ejercer esta accion, y que el determinarlo se deja al prudente arbitrio del juez: nosotros lo habemos fijado, y al cabo de diez años podrá el fiador instar por su relevacion.»

El tercer orador enumera los mismos cinco casos, y dice: «El proyecto concede tambien al fiador, aun antes de haber pagado, la facultad de obrar contra el deudor principal para que le indemnice:

1.º Cuando el fiador es perseguido en justicia para el pago.

2.º Cuando el deudor ha hecho quiebra.

3.º Cuando el deudor se ha obligado à relevarle de la fianza.

4.º Cuando la deuda ha llegado à ser ecsigible por el vencimiento del plazo para que se contrajo.

5.º En fin, al cabo de diez años cuando la obligacion no tiene término fijo para el vencimiento, à no ser que la obligacion principal sea de tal naturaleza que pueda estinguirse antes de un tiempo determinado.

«Tal seria, por ejemplo, la fianza contraida en favor de un tutor. El que en este caso consiente en ser fiador, debe conocer la naturaleza y estension de las obligaciones que contrae. El ha debido saber que la obligacion que resulta de la administracion de la tutela no puede acabarse con ella sino cuando el tutor queda libre del resultado de las cuentas.»

Art. 2033. «Habemos llegado á los efectos de la fianza entre los mismos fiadores.»

«El fiador que paga se subroga en los derechos del acreedor; puede pues ejercitar contra sus compañeros de fianza y contra cada uno de ellos por su parte, los derechos que ejercitaria el mismo acreedor en el caso de no habérsele pagado. Inútil es repetir que se supone un pago válido de parte del fiador; si hubiese pagado sin libertar al deudor ó cuando este ya no debia nada, el fiador solo deberia soportar la pena de su imprudencia.»

«Sobre lo mismo dice otro orador: «Segun el derecho romano, cuando alguno de los co-fiadores habia pagado la deuda, no tenia recurso contra los otros si no se habia hecho subrogar espresamente en los derechos del acreedor. Fundábase esta disposicion en que los diferentes fiadores de un mismo deudor no contraian entre sí ninguna obligacion, y que cada uno de ellos se proponia únicamente el negocio del deudor, y no el de sus compañeros de fianza.

«Pero el co-fiador que paga la deuda, hace realmente el negocio de sus compañeros al mismo tiempo que hace el suyo y el del deudor, puesto que los liberta con el pago, asi como se liberta á sí mismo, de una deuda que era comun á todos: es pues conforme á equidad que, aprovechando el pago á todos, soporte cada uno de ellos su parte.»

«Asi es que la disposicion del derecho romano no era seguida en Francia, y el proyecto de ley no la ha adoptado; antes bien se dispone en él espresamente, que el fiador que ha pagado la deuda tenga recurso contra sus compañeros de fianza, y contra cada uno de ellos por su parte y porcion.»

«Sin embargo, este fiador pierde el derecho de repetir si ha pagado sin ser perseguido en justicia por el acreedor, ó sin que el deudor se encontrase en quiebra, ó antes de espirar el término dentro del que se habia obligado el deudor á libertarle de la fianza, ò antes del vencimiento de la obligacion, ó sin que hayan pasado diez años, cuando la obligacion tiene término fijo para su vencimiento, ó antes de espirar el tiempo determinado durante el cual no podia estinguirse esta obligacion, atendida su naturaleza.»

"El tercer orador dice: «Las leyes romanas por una de aquellas sutilezas que es tan sensible como frecuente encontrar en ellas, decidian que el fiador no podia sin una subrogacion espresa, ó sin que el juez la hubiese declarado, repetir de sus compañeros de fianza lo que habia pagado en descargo y beneficio de los mismos.»

«El proyecto de ley es mucho mas sabio: en su articulo 2033 se dispone, que cuando varias personas han prestado fianza por un mismo deudor, el fiador que ha pagado la deuda pueda repetir contra sus compañeros y de cada uno de ellos su parte y porcion, pero con la condicion no obstante de que haya pagado en uno de los casos enunciados en el art. 2032, es decir, cuando haya sido apremiada á ello.»

Art. 2034 al 2036. «Creo haber desenvuelto suficientemente los diversos efectos de la fianza entre el acreedor, el deudor, el fiador, y de los mismos fiadores entre sí: resta ecsaminar còmo se acaban las fianzas.»

«El que sale fiador se obliga, y las mismas causas que estinguen las otras obligaciones deben tambien estinguir la suya.»

«El orador que os ha presentado el proyecto de ley sobre las obligaciones convencionales en general, ha agotado cuanto pudiera decirse en esta parte, y yo me guardaré bien de tratar el mismo asunto despues que él lo ha hecho. Debo por lo tanto ceñirme á lo que es particular á la fianza.»

«El fiador puede repeler al acreedor por todas las escepciones inherentes á la deuda, que pertenecen al deudor principal; pero no tiene derecho para oponer una escepcion que sea puramente personal al mismo deudor. Puede pues aprovecharse de toda escepcion ó defensa que daria en tierra con la obligacion, tal como la de dolo, violencia, pago ya hecho, de cosa juzgada y de todas las otras de igual naturaleza.»

Otro dice: «Solo resta ecsaminar cómo se acaba la fianza.»

«En general se acaba por las mismas causas que las otras obligaciones, y puesto que estas causas os son ya conocidas, seria inútil repetirlas.»

"Los medios que libertan al deudor libertan igualmente al fiador. Cuando el deudor queda libre, deja de ecsistir la obligacion principal, y mal podrà subsistir la fianza que es su accesorio.»

«Los medios que destruyen la obligacion principal, si resultan de la naturaleza misma del contrato, destruyen igualmente la fianza; pero si son inherentes à la misma persona del deudor, no pueden aprovechar sino á éste, y el fiador no podrá oponerlos.»

"Con arreglo á esta distincion, aprovecha al fiador la accion de nulidad ó rescision contra la obligacion principal que fué contraida por error, dolo ó violencia. Estos vicios son inherentes al mismo contrato, porque no puede haberlo de ninguna especie sin consentimiento de la persona que se obliga, y no hay consentimiento válido cuando no ha sido dado sino por error, ó arrancado con violencia, ó sorprendido por dolo; no puede pues subsistir la fianza, si la obligacion principal es anulada ó rescindida.»

«Pero si la escepcion fuese puramente personal del deudor, como el beneficio de restitucion por causa de menor edad, se ha visto ya que el deudor no podria oponerlo, porque en el acto mismo de obligarse pudo prever que el deudor se haria restituir; que sino suscribió su fianza sino con la intencion de que valiera para el caso de no pedirse restitucion, se espuso voluntariamente á correr los riesgos de ella; y es claro que el acreedor ha ecsigido la fianza precisamente para asegurar la fuerza y cumplimiento de la obligacion, y como una garantía contra la restitucion.»

El tercero dice sobre los mismos artículos: «El proyecto declara libre desde luego al fiador en todos los casos en que se estingue la obligacion principal.»

"Y en efecto, ¿cómo podria continuar obligado el fiador cuando no ecsiste ya obligacion que pueda ser objeto de la fianza?

«El proyecto no mira como causa de estincion de la fianza, la confusion que se verifica en la persona del deudor principal ó del fiador. Por el contrario, en él se declara que cuando el deudor principal

y el fiador llegan á ser herederos uno de otro, la accion del acreedor subsiste contra el que ha salido fiador del fiador.»

«El articulo 2036 permite al fiador oponer al acreedor todas las escepciones que pertenecen al deudor principal, pero con la condicion de que sean inherentes á la deuda, como las que resultan del error, dolo ó violencia.»

«En cuanto à las que son personales del deudor, nada tiene que ver con ellas el fiador, y de consiguiente no le es permitido oponerlas.»

Art. 2037. «Habemos visto que por el pago hecho al acreedor debia verificarse una subrogacion de derecho en beneficio del fiador; por lo tanto el acreedor no es dueño de perseguirle cuando por algun hecho suyo ha venido á ser imposible esta subrogacion.»

«Cuando el acreedor, dice otro orador, se ha puesto fuera de estado de subrogar al fiador en sus derechos é hipotecas, queda éste libre de la fianza. Entonces no tendria ya un recurso tan seguro contra el deudor, y es justo que el acreedor, si quiere compelerle al pago de la deuda, le traspase todos sus derechos contra el deudor principal.»

El tercero dice: «El fiador debe sin duda abstenerse de todo lo que pueda comprometer la garantía de la obligacion por la que se ha constituido en fianza. ¿Pero no debe tambien el acreedor abstenerse por su parte de todo lo que tienda á arrebatar al fiador los medios de imdemnizarse de la fianza que ha prestado? Para mantener pues entre ellos este deber de reciprocidad, declara el proyecto libre de su obligacion al fiador, cuando por algun hecho del acreedor no puede verificarse en favor del primero la subrogacion en los derechos é hipotecas del segundo.»

Arts. 2038 y 2039. «En fin, si el acreedor ha aceptado en pago un inmueble ú otra cosa cualquiera, el fiador queda libre, aun cuando despues se haya quitado al acreedor por la eviccion la cosa que ha recibido. La obligacion primitiva habia quedado estinguida por la aceptacion del acreedor; la fianza como accesorio habia cesado con aquella: si con posterioridad el acreedor tiene una accion por resultado de la eviccion que sufre, esta accion es enteramente diversa de la primera, y no la que el fiador habia garantido.»

El segundo dice: «Tambien queda relevado el fiador cuando el acreedor ha aceptado en pago un inmueble ú otro cualquier efecto, aunque despues se le saque por la eviccion: en este caso la obligacion principal se encuentra estinguida por la novacion.»

«Pero una simple prorogacion de término concedida por el acreedor al deudor, no liberta ó releva al fiador: esta prorogacion puede ser útil al mismo fiador, y por otra parte no le impide el apremiar al deudor ó á que pague, ó à que le releve de su obligacion.»

El tercero: «La aceptacion de un inmueble que hace el acreedor en pago de la deuda, liberta igualmente al fiador, aunque sobrevenga eviccion; el fiador no ha garantido sino la primera obligacion, y como tengo dicho antes, no se puede estender la fianza mas allà del objeto para que fué contraida.»

«Pero la simple prorogacion de término concedida por el acreedor al deudor principal no liberta al fiador.»

«Esta disposicion, derogatoria del derecho romano, parece al pri-

mer golpe de vista un poco rigorosa contra el fiador, sobre todo si se reflecsiona que el deudor puede venir á estado de insolvencia durante la prorogacion del término, y que esta insolvencia recaeria sobre el fiador aun sin haber él consentido en la prorogacion.»

«Pero si se considera que el mismo artículo ha reservado sábiamente al fiador el derecho de perseguir en este caso al deudor para compelerle al pago, y que le ha provisto de medios para evitar que esta prorogacion le sea funesta, habrá de confesarse que no tiene nada que no sea conforme à la razon, á la justicia y á la moral»

Arts. 2040 al 2043 «Con esto habria yo concluido mi tarea si no tuviera que decir todavía algo de dos especies de fianzas de que se habla en el capítulo último de este título, á saber: la caucion ó fianza legal, y la judicial. Se las llama así porque son dadas, la primera en virtud de una ley que la ecsije; la segunda en virtud de una sentencia.

«Todas las reglas que habemos establecido sobre la capacidad para contraer y sobre la solvencia de los fiadores, se aplican con mayor fuerza á los fiadores legales y judiciales. El fiador judicial debe ademas ser susceptible del apremio personal, y no puede reclamar la escusion del obligado principal. Son necesarios vínculos mas fuertes y mayores seguridades en las obligaciones que se contraen con la justicia; y si este rigor puede servir alguna vez de obstàculo para encontrar fiadores, podrá al menos suplirlo dando una prenda equivalente. La justicia queda entonces satisfecha, puesto que obtiene una completa garantía.»

Al hablar del beneficio de escusion habemos copiado lo que sobre estos artículos dice el segundo orador: oigamos al tercero: «El proyecto de ley señala aquí las diferencias entre los efectos de la fianza legal ó judicial y los de la fianza convencional.»

«En él se dispone que siempre que una persona esté obligada por la ley ó por una sentencia á dar fiador, haya de llenar éste las condiciones prescritas por los artículos 2018 y 2019.»

«Efectivamente, seria inútil ofrecer por fiador á quien no es capaz de obligarse, y no tiene bienes libres y suficientes; en una palabra, á quien no presente todas las garantias y seguridades que la ley tiene derecho de ecsigir. El fiador debe ademas ser susceptible de apremio personal; pero si el deudor no encuentra quien quiera someterse á él, queda autorizado para dar en su lugar una prenda equivalente.»

«En fin, se dispone que ni el fiador judicial ni el que ha fiado al mismo puedan pedir la escusion del deudor principal ni la del primer fiador.»

«Estas disposiciones parecerian sin duda demasiado rigorosas si se aplicaran á los fiadores convencionales; pero hablan solamente con los fiadores legales ó judiciales. Ellos contraen con la ley ó con sus ministros, y deben por lo mismo presentar la mas fuerte y segura de todas las responsabilidades.»

Veamos por último cómo los tres indicados oradores terminan sus respectivos discursos.

El primero: «Tales son, ciudadanos legisladores, los motivos que han determinado los diversos artículos del título *de la fianza*: yo lo anunciaba al principio de mi discurso: toda la teoría de esta ley des-

cansa en la idea sencillísima de que la fianza es el accesorio de una obligacion anterior y principal, y que el fiador á falta del deudor debe pagar al acreedor, cuyos derechos ejerce en seguida contra el deudor ó sus otros compañeros de fianzas.»

«El desenvolvimiento de los motivos de una ley sobre un acto obscuro de la vida civil, es por necesidad muy àrido, pues que no presenta aquel grande interes que acompaña à todo lo concerniente al estado de las personas; pero no puede seros indiferente nada de cuanto contribuye á mantener el órden y la union entre los ciudadanos: dando reglas sobre los contratos mas usuales, trabajais para la felicidad y sosiego de todos los dias; el azote de la incertidumbre en esta materia se haria sentir diariamente. Las disposiciones que os habemos presentado se derivan naturalmente de un principio que ha sido siempre reconocido: así no pueden dejar la menor duda en vuestro ánimo acerca del buen efecto que deben producir.»

El segundo orador, que lo era del tribunado, concluye asi: «Tales son, ciudadanos tribunos, las reglas que os han sido propuestas para la organizacion particular del contrato de fianza.»

«Todas ellas han sido igualmente sacadas de la naturaleza misma de este contrato: ellas determinan todos sus efectos de la manera mas conforme á su objeto; aseguran al acreedor toda la garantía que ha querido proporcionarse; conceden al fiador todo el favor que puede conciliarse con los intereses del acreedor; ciegan un manantial fecundo de procesos, fijando todos los puntos, sobre los que habia tan grande variedad en la jurisprudencia; en fin, sustituyen á leyes incoherentes y obscuras una legislacion fácil y sencilla.»

«Asi, desembarazado ya el contrato de fianza de todas las incertidumbres y dificultades que entorpecian constantemente su accion y sus efectos, dará mayor garantía, inspirará mayor confianza, y por lo tanto ejercerá un influjo todavía mas feliz en las negociaciones civiles.»

El tercer orador cierra su discurso del modo siguiente: "Aqui concluye mi tarea, ciudadanos legisladores: ójala pueda decirse que la he desempeñado dignamente!"

«El tribunado ha votado el proyecto que os está sometido.»

«El ha reconocido que era en estremo dificil hacer una buena ley sobre la fianza, y que sin embargo los autores del proyecto de ley habian superado muy felizmente esta grande dificultad.»

«Ha reconocido que este proyecto ha arreglado perfectamente los derechos de los acreedores, de los deudores y de los fiadores; que ha trazado con sabiduría sus deberes recíprocos, y que ha conciliado maravillosamente sus diversos intereses.»

«En fin, que todas las reglas consignadas en él son otras tantas emanaciones de aquellos principios de razon eterna, con los cuales deben estar en armonía para ser justas."

«Y no lo dudemos, ciudadanos legisladores: á este feliz acuerdo y preciosa armonía que se hacen notar en nuestras nuevas leyes; al cuidado que ha tenido el gobierno de coordinarlas bien con los principios de que no son sino rigorosas consecuencias; y sobre todo á esa moral universal esparcida en todas ellas, y que sirve de base á sus disposiciones: á todos estos caractéres eminentes que distinguen nuestro có-

digo civil, se debe el que se eleve magestuosamente en medio de las ruinas de todas las legislaciones, y que pueda ofrecer bien pronto á la Europa asombrada uno de los mas bellos monumentos que haya producido el siglo diez y nueve, uno de los mayores beneficios que ha podido él legar á las generaciones venideras.»

«¡Feliz el pueblo cuando su gobierno y sus magistrados sacrifican de concierto sus trabajos y vigilias para darle tales leyes! Mas felices todavía los legisladores que las han promulgado, pues que ellas les aseguran las bendiciones de sus contemporáneos y la gratitud de la posteridad.»

«El tribunado os propone por lo mismo, ciudadanos legisladores, la adopcion del proyecto de ley *sobre la fianza*.

TITULO LII.

De varias especies de fianza.

SECCION I.

Cuándo puede afianzarse por la dote.

3537 Son tantas las fianzas, cuantos los fines á que se dirigen; y aunque todas convienen en razon de quedar obligados los que las constituyen, se diferencian en el efecto y aun en el nombre.

3538 El marido no solo no està obligado á dar fiador por la dote de su muger, sino que á pesar de que haya costumbre en contrario, será nula la fianza que dé; porque si se le entrega la muger sin ella, con mas razon debe entregársele la dote.

|| El reformador dice sobre esto: «razon especiosa y rídicula.» Nosotros añadimos que esta doctrina de Febrero es toda romana, y tomada del tít. 20, lib. 5 del Código, en cuya ley 2 se dà esta misma razon, aunque algo mas amplificada. Como quiera y sin ofensa del reformador, la razon tiene algo de moral y plausible. La ley arguye de lo mas, que es la persona, á lo menos, que es la dote; y considera la fianza en este caso como prueba de desconfianza y turbativa del amor conyugal: bajo el mismo aspecto la considera Heineccio en sus Pandectas. Otra razon dan tambien los autores, á saber, que abierta la puerta à las fianzas en las dotes, no tardarian todos los habitantes de una poblacion, y aun de una provincia, en verse envueltos en ellas, y esto seria un manantial inagotable de pleitos. Otros autores pretenden que la prohibicion de afianzar el marido por la dote se entiende solo en cuanto á su conservacion, pero no en cuanto á su restitucion: basta ya de doctrina romana sobre este punto. ||

3539 Sin embargo es válida la fianza en los cinco casos siguientes:

1.º Cuando el marido recibe la dote antes de casarse; porque puede darla de que si no se efectúa el matrimonio, restituirá la dote.

2.º Cuando llega ó viene á estado de pobreza.

3.º Despues de disuelto el matrimonio, en cuyo caso la podrá dar de que entregarà la dote á los herederos de su muger.

4.º Cuando su padre ó hermano concurren con él como fiadores á su otorgamiento.

5.º Cuando se lega con juramento. || Nosotros habemos manifestado en varios lugares nuestra opinion contraria à la de Febrero en cuanto á la fuerza que éste dà al juramento confirmatorio; y contrayéndonos al caso presente, ¿cómo podrá invocarse la santidad del juramento para

apoyar un pacto nulo y prohibido por la ley como contrario á la moral pública, pues que se reputa serlo á la mutua confianza y amor de los cónyuges? ||

3540 Aunque el marido no puede dar fianza por la dote, puede ercibirla de que le serà pagada, y el fiador quedará obligado.

SECCION II.

De la fianza de saneamiento.

3541 Fianza de *saneamiento* es la que dá el reo ejecutado, no ecsento, aunque tenga bienes con que pagar, para evitar que se le ponga preso. (Ley 12, tít. 28, lib. 11, Novis. Recop.)

3542 Llámase asi porque el fiador está obligado á sanear los bienes embargados al deudor, y en su defecto à pagar de los suyos el importe de la deuda.

3543 Deben recibirla los escribanos ante quienes se despachan las ejecuciones, por su cuenta y riesgo y de sus oficios, y no los que van á practicar la diligencia, sin que preceda consentimiento por escrito del ejecutante, lo cual milita igualmente en la fianza *de pagar lo juzgado y sentenciado*; pero en este caso es preciso que el ejecutante se conforme con el fiador, porque su solo consentimiento para recibirle no ecsime á los ministros de la responsabilidad del débito, décima y costas, si el fiador y deudor salen fallidos; y por tanto no es prudente ni seguro que la reciban, aunque tengan para ello su consentimiento por escrito, si en ella no se dá el acreedor por satisfecho del fiador.

3544 Esta fianza ha de constar de tres particulares.

1.º *Que asegure el fiador que los bienes embargados son del ejecutado.*

2.º *Que serán suficientes al tiempo del remate no solo para el pago de la deuda, sino tambien de las costas que se causen para su cobro, y de la décima, donde haya estilo de ecsigirla.*

3.º *Que se obligue á satisfacerlo todo si se verificase no ser los bienes del deudor, ó el resto, deducido el importe que produzcan y valgan, siéndolo y habiéndole, para lo cual hará propia la deuda, y se constituirá para estos casos pagador principal.*

3545 Con esta fianza se ecsimirá el ejecutado de ser preso, si es de los que pueden serlo por deuda, á menos que esta pertenezca á la Hacienda pública, pues entonces, sea cualquiera la condicion del deudor, y aunque tenga bienes de mas valor que la dicha deuda, y afianze de saneamiento, ha de estar en la prision hasta que la Hacienda se reintegre efectivamente de todo su crédito. (Leyes 2 y 15, tit. 2, lib. 6, Novis. Recop.)

3546 Suelen poner algunos en esta fianza la cláusula de que *el fiador se obliga á que habrá postor á los bienes ejecutados*; pero debe omitirse por tres razones.

1.ª Porque no concierne al saneamiento de los bienes el que haya ó no postor á ellos, ni tiene conecsion con el, pues que es cosa muy diversa.

2.ª Porque la ley no habla de postor, sino de saneamiento, y no debemos escedernos de lo que manda.

3.ª Porque cede en manifiesto perjuicio del fiador, que no quiere obligarse á mas que al saneamiento. Deberà por lo tanto omitirse dicha cláusula, pues si no hubiere postor, se adjudicarán los bienes en pago al acreedor por su justa tasa, y llegando esta á cubrir el capital, décima y costas, queda reintegrado y el fiador libre de la fianza.

SECCION III.

De la fianza de la ley de Toledo.

3547 Despues de sentenciada la causa de remate, se dà tambien en la via ejecutiva la fianza de la ley 1, tit. 28, lib. 1, Novisima Recopilacion, que llaman de *Toledo* por haberla establecido en esta ciudad los Reyes Católicos en el año de 1480.

3548 Esta fianza se requiere por forma para que la dicha sentencia pueda ejecutarse si el acreedor quiere percibir el importe de la condenacion, y el reo ejecutado apela al tribunal superior: de suerte que, prestada esta fianza por el ejecutante, se admitirá al egecutado la apelacion en el efecto devolutivo, y no en el suspensivo, escepto en esta córte, donde por estar tan inmediato el tribunal superior, acude à él, y con su decreto ó mejora suspende la ejecucion de la sentencia hasta que se ejecutoríe: (en el dia los tribunales de la córte se conforman en este y en todos los casos al reglamento provisional para la administracion de justicia y leyes del reino, como los tribunales de fuera de la córte.)

3549 Y para que el escribano se instruya de cuándo y cómo se ha de dar esta fianza, y por quién, se inserta lo dispositivo de la mencionada ley 1, que dice: «Y ordenamos y mandamos conforme á ella, que cada y cuando los mercaderes, ó otra cualquier persona ó personas de cualesquier ciudades y villas y lugares de nuestros reinos, que mostraren ante los alcaldes, justicias de las ciudades y villas y lugares de nuestros reinos y señoríos, cartas y contratos públicos y recaudos ciertos de obligaciones que ellos tengan contra cualesquier personas, asi cristianos como judios y moros, de cualesquier deudas que les fueren debidas, que las dichas justicias las cumplan y lleven á debida ejecucion, seyendo pasados los plazos de las pagas, no seyendo legítimas cualesquier escepciones que contra los tales contratos fueren alegadas; en tal manera que los acreedores sean pagados de sus deudas, y que las justicias no dejen de lo asi hacer y cumplir por paga ó escepcion que los dichos deudores aleguen; salvo si dentro de diez dias mostraren la paga ó legítima escepcion sin alongamiento de malicia, por otra tal escritura como fué el contrato de deuda, ó por alvalá que haga fé, ó por confesion de la parte, ó por testigos que estén en el arzobispado ó obispado dónde se pidiere la ejecucion tomados dentro del dicho término: y para probar la tal paga y escepcion, sí por testigos lo oviere de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, quién son y dónde viven, y jure que no trae malicia; y si nombrase los testigos aqüende los puertos fuera del arzobispado ó obispado, aya plazo de un mes para traer sus di-

chos, y si allende los puertos por todo el reino, que aya plazo de dos meses; y si los nombrase en Roma, ó en París, ó en Jerusalen fuera del reino, que aya plazo de seis meses: pero es nuestra merced que el deudor que alegare la tal paga ó escepcion, no la probando dentro de los dichos diez dias en la manera que dicha es, y dijere que los testigos que tiene están fuera del arzobispado ó obispado, como dicho es, que pague luego al mercader ó al acreedor; dando el tal mercader ò acreedor luego fianzas, que si el deudor probase la paga ó otra escepcion que le pueda escusar, que le tornará lo que assi pagó con el doblo por pena en nombre de interesse; y el reo assimismo dé fianzas, que si no lo probare en el dicho termino, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó, la cual pena es nuestra merced sea la mitad para la parte contra quien maliciosa é injustamente se alegó la paga, y la otra mitad para reparo de los muros, ó para otras cosas pias ó públicas, donde el juez viere que es mas necesario; y esto mismo mandamos que se guarde, pidiéndose ejecucion de sentencia passada en cosa juzgada.»

Esta ley solo ordena cuándo y cómo se ha de dar la fianza, si el reo ofrece probar con testigos la paga ò escepcion legítima fuera del término perentorio y fatal de los diez dias; pero tambien debe darse la misma fianza con el doblo para el caso de que habiéndose sentenciado la causa de remate, por no haber probado dentro de dicho término ni ofrecido probar fuera de él, la revoque despues el superior por haber estimado la escepcion que desestimó el inferior ó por otra causa; como asimismo para el caso de que habiendo obtenido el actor en la via ejecutiva, y reservádose al reo su derecho para la via ordinaria, sea aquel condenado en esta; pues la ley 12 del mismo tit. 28 y lib. 11, dice al fin: «Y no haciendo la oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el juez hacer remate y pago á la parte, dando las fianzas la parte que pide la ejecucion, que la ley de Toledo y las otras leyes de estos reinos disponen; y haga el remate y pago sin embargo de cualquiera apelacion:» pero de esta materia se tratarà con mas estension en el juicio ejecutivo.

SECCION IV.

De la fianza de la ley de Madrid.

3550 Se da tam bien en la via ejecutiva, cuando se ha intentado á virtud de sentencia arbitraria sobre compromisos y transacciones, otra fianza, que previene la ley 4, tit. 17, lib. 11, Novis. Recop., y se llama de *Madrid* por haberla establecido aqui dichos señores Reyes Católicos en el año de 1494, y dice asi: «Por ende, queriendo en ello proveer y proveyendo, mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiese ejecucion, se ejecute libremente, paresciendo y presentándose el compromiso y sentencia signada del escribano público, y parcesciendo que fue dada dentro del término del compromisso, y sobre las cosas sobre que fue comprometido, y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado en su favor, haciendo obligacion y dando fianzas llanas y abonadas ante el juez ó jueces ante quien se pidiere ò oviere de ejecutar la sentencia, de tornar y res-

tituir lo que uviere rescibido por virtud de la tal sentencia con los frutos y rentas, segun que fuese condenado, si la tal sentencia fuese revocada... (*Prosigue ordenando lo que se ha de hacer en el recurso de apelacion hasta ejecutoriarse esta, lo que por no corresponder á este lugar se omite.*) "Y esto mismo mandamos que se haga y se ejecute en las transacciones que fueren hechas entre partes por ante escribano público: y mandamos á los del nuestro Consejo, que den y libren nuestras cartas para todos los concejos y personas singulares que las pidieren.»

3551 En los casos de esta ley y la del número siguiente no se ha de ordenar la fianza con la pena del doblo.

3552 Cuando se apela de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los contadores que nombran las partes ó de los que son nombrados por una de ellas y por la justicia en rebeldía de la otra, debe dar aquella á cuyo favor se profirió la sentencia, fianza de restituir lo que en virtud de esta hubiese percibido con los frutos y rentas; y constituida que sea la fianza, se ha de ejecutar la sentencia sin embargo de apelacion, como se previene en la ley 5 y nota 1, tít. 17, lib. 11, Novis. Recop. Tambien suele mandarse dar esta fianza en otros casos fuera de los referidos, y en todos se ha de estender del mismo modo.

SECCION V.

De la fianza de la haz, *y de la de pagar juzgado y sentenciado.*

3553 La fianza de la haz, que se llama así por constituirse en juicio ante el juez y escribano de la causa ó ante otro escribano de órden del juez, se dá en causas civiles cuando se manda á alguno, insolvente ó poco abonado, que arraigue en juicio, porque de no hacerlo se le ha de poner preso; y sirve para que, si hace fuga, no quede ilusorio el juicio ni el contrario perjudicado.

3554 En las criminales y de denuncias se da cuando solo puede imponerse al reo pena pecuniaria por ser leve el delito.

3555 Esta fianza, que algunos confunden con la de *cárcel segura ó carcelera*, puede constituirse de dos modos:

El primero es cuando el fiador se obliga solamente á que el reo asistirá al juicio y no usará de dolo; en cuyo caso solo se estiende su obligacion hasta la sentencia dada en primera instancia, durante la cual debe asistir y traer á juicio al reo siempre que se le mande, ó comparecer á su nombre en él y defenderle.

El segundo es cuando se obliga á las resultas del juicio; que quiere decir: á *pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas las instancias*: de suerte que hasta despues de fenecido y ejecutoriado el juicio, no empieza el efecto de esta fianza.

3556 Y aunque parece que el verdadero modo de constituir esta fianza es que el fiador se obligue á todo, como se practica, y que no queriendo hacerlo así, no se le ha de admitir, ni ha de ponerse en libertad al reo, si está preso, à menos que el actor se conforme por escrito, porque queda en descubierto el juez que la manda dar y el escribano que la recibe, y deben pagar al actor los perjuicios que se le

originen, observará no obstante el escribano lo dispuesto en la ley 8, tit. 14, lib. 5, Novis. Recop., en cuyo final se dice:

«Y mandamos que de aquí adelante no se dé lugar que los escribanos de la audiencia estiendan las fianzas à mas de lo contenido en los autos que los jueces dieren; y si no fuere en casos que por algunas justas causas convenga, no hagan que los presos den fianzas para mas que volverlos á la cárcel ò pagar lo juzgado» Y si la fianza se estendiese à mas que á estas dos cosas, se entenderá puesta solamente la cláusula de asistir á juicio.

3557 Estas dos clases de fianza son comunmente llamadas *de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado*; y sustancialmente no se hace otra cosa que relacionar lacònicamente la causa y su estado, asegurar el fiador que el reo estará à derecho en ella y pagarà aquello en que fuere condenado en todas instancias y tribunales, y que en su defecto lo satisfará y cumplirá ecsactamente el fiador; en cuya atencion se obligarà à ello, harà propia la deuda agena, y consentirá en que se practiquen con él las diligencias que ocurran, hecha escusion en los bienes del reo, y que se le apremie á todo segun derecho &c. Si quisiese, se constituirá pagador principal y renunciará la escusion; pero no se necesita mas prosa ni renuncia de leyes, cíviles ni auténticas.

SECCION VI.

De la fianza carcelera.

3558 La fianza *carcelera* es otra clase de fianza de la *haz* que se dirige únicamente á la libertad del reo encarcelado, quien la da cuando no merece ni se le debe imponer pena corporal sino pecuniaria por el delito que cometió, para que se le suelte de la prsion.

3559 Llámase á este fiador *carcelero comentariense*, porque se encarga de la custodia del reo, y porque en virtud de la promesa que hace de volverle á la càrcel, se le pone en libertad. Debe por lo tanto obligarse el fiador á presentarle en ella dentro del término legal, ó en el que prefina el juez de la causa, ó siempre que se le mande, bajo de la pena que como á tal carcelero se le imponga no cumpliendo con la presentacion.

3560 Puede constituirse esta fianza sola ó junta: pero ordinariamente se constituyen ambas en una misma escritura, y por eso suelen confundirse; bien que el fiador no puede ser compelido á ello, y por lo mismo se lo advertirá el escribano para que sepa á qué se obliga.

3561 A fin de que el escribano se instruya de los efectos de esta fianza, debemos decir que aunque el fiador se obligue á presentar dentro de tiempo determinado bajo de pena, y no lo cumpla, no por esto incurre desde luego en ella, y antes bien debe el juez concederle seis meses de término para ello, si el primero fué igual ó menor, de suerte que en todo puede ser un año.

3562 Si no le presenta dentro del año, incurre en la pena; y en el discurso del año tiene facultad para defenderle en juicio despues de cumplido el primer plazo (leyes 17 y 18, tit. 12, Part. 5.) Pero dicha pena se entiende meramente pecuniaria, porque como ninguno

es dueño de sus miembros: no puede obligársele á pagar, ni imponérsele pena corporal por delito que no cometió; y así á ningun reo que la merezca se suelta ni debe soltar con fianza, ni sin ella. (Ley 10, tit. 29, Part. 7.)

3563 Si el reo fallece antes que espire el primer plazo, no debe su fiador pagar la pena; mas si muere despues de cumplido, ha de satisfacerla; y si se obliga únicamente á presentarle á dia cierto sin hablar de pena, puede el juez no cumpliendo, condenarle en alguna arbitraria, la cual será mayor si la presentacion no se hizo por dolo ò malicia suya (Ley 29, tit. 12, Part. 5.) En ninguno de los casos espresados puede ser reconvenido por ella despues de pasado el año siguiente al dia en que se cumplió el plazo sino se le demandò dentro de aquel. (Ley 1, tít. 11, lib. 10, Nov. Recop.)

SECCION VII.

Observaciones sobre las dos secciones anteriores.

3564 || Entre los romanos eran muy frecuentes, y aun de necesidad, las fianzas de la haz, *juditio sisti*, de pagar juzgado sentenciado: *judicatum solvi*, y otras varias en los juicios civiles, como puede verse en el tit. 8, lib. 2 del Digesto, en que se trata igualmente de las personas dispensadas de esta necesidad, ó que podian suplirla de otro modo.

3565 Entre nosotros no tienen lugar aquellas, ni se practican hoy dia las establecidas en la ley 21, tit. 5, Part. 3: el procurador del actor nunca puede escusarse de responder à la reconvencion; el del reo no está obligado por punto general, como se dispone en aquella ley, á dar fianzas de pagar juzgado y sentenciado. Las fianzas de que en sus respectivos casos habla la ley 10 del mismo título y Partida, son de que aquel en cuyo nombre se demanda, ó á quien se defiende, habrà por firme lo actuado en juicio, y pasará por lo sentenciado.

3566 La fianza de arraigo de juicio, de que luego se hablará, tiene analogía con las dos mencionadas, y sin embargo no es la misma. Tampoco lo es la que en el caso del artículo 73 del reglamento provisional para la administracion de justicia tiene que prestar el acusador ó querellante de que no abandonará su accion hasta que recaiga sentencia que cause ejecutoria.

3567 Puede por lo tanto decirse que la fianza de la haz está hoy lmitada à los juicios criminales, y que es la misma que la carcelera, con la que segun el mismo Febrero la confunden algunos.

3568 Segun el artículo 11 del mismo reglamento, debe ser puesto el reo en libertad, pero con costas y bajo fianza ó caucion suficiente, en cualquier estado de la causa en que, aunque no resulte su inocencia, aparezca que no es reo de pena corporal; y luego se enumeran las especies de esta.

3569 Dejando aparte que entre las enumeradas hay algunas que completamente han desaparecido, como las de bombas, minas, galeras, y otras desusadas, como de comun acuerdo, de los tribunales, á saber,

las de azotes y vergüenza, no se hizo mencion en el reglamento de la pena al servicio de las armas, entonces en uso, aunque posteriormente abolida, y que era reputada por corporal, segun se vé en todo el tít. 40, lib. 12, Novis. Recop., y sobre todo en la nota 16 de su ley 22.

3570 Además, está permitido por las leyes y la práctica (nota 1 de la ley 3, tít. 50, y art. 5, ley 21, tít. 51, lib. 12, Novis. Recop.) en ciertos casos conmutar en pecuniarias las penas corporales; y parece que en los mismos deba ser permitida la libertad bajo la fianza de pagar juzgado y sentenciado.

3571 Dice el artículo citado que á la libertad ha de preceder fianza ó caucion suficiente: si la palabra caucion es sinónima de la de fianza, podia haberse suprimido; si no lo es, no descubrimos suficiencia fuera de la fianza.

3572 Por último, el artículo no dice con claridad si la fianza ha de ser de pagar juzgado y sentenciado, ó si bastará la carcelera; parece que alude á la primera, puesto que la antecede la palabra *costas*; pero en tal caso sería preciso desterrar la segunda y la humanísima práctica de los tribunales en conceder la libertad bajo ella, cuando el reo por su pobreza no puede encontrar fiador de pagar lo juzgado y sentenciado: ¿y qué razon habria para agravar en este caso con la prolongacion de la prision la pobreza del reo en perjuicio suyo, de su inocente familia, y tal vez en el de los mismos curiales interesados en la cobranza de las costas? Mayormente cuando no puede haber temor ni peligro racional de que por una lijera pena se ausente el reo, esponiéndose á otra mayor por su inobediencia; esponiendo á su fiador á consecuencias desagradables.

3573 Cuando el reo sea notoria y grandemente rico ó arraigado parece escusada la fianza.

3574 La fianza de haz ó carcelera espira con la muerte del reo; no asi la de pagar juzgado y sentenciado, que abraza tambien la reparacion de daños, pago de multas y costas que se impongan al reo, lo que por lo comun es su principal objeto, al menos el primer cuidado é interés de los curiales.

3575 En este segundo caso, el fiador es ejecutado sin nuevo pleito ó trámites á virtud de la sola condenacion del reo, y con la misma sencilla rapidez puede repetir contra este en caso de haber pagado.

3576 Habemos visto que en opinion de Febrero ha lugar el beneficio de escusion aun en la fianza de pagar lo juzgado y sentenciado; como no cita ley, autoridad ni razon en su apoyo, es mas dificil impugnarlo. Por derecho romano, segun dejamos notado al tratar de este beneficio, hallamos dispuesto lo contrario porque la tal fianza tiene por único objeto la pronta y segura ejecucion del juicio, y escluye toda escepcion que pueda entorpecerla. Esta se presume haber sido la mente ó intencion del juez que mandó darla, y segun ella debe interpretarse, no segun la mente de las partes, que no le dan la ley como en las fianzas convencionales; así es que nada pueden innovar, añadir, ni quitar: por la misma razon se negaba tambien por derecho romano á los fiadores en este caso el beneficio de division.

3577 La ley 10, tit 29, Part. 7, al paso que prohibe la fianza de haz ó la libertad bajo fianza en los delitos de pena corporal, dice que

« el juez que la diese, non se puede escusar que non sea en grand culpa, é puédele poner pena por ello el rey, segun su albedrío, si el acusado se fuere.»

3578 La pena (entiéndese pecuniaria) que segun la misma ley debe imponerse al fiador de haz ó carcelero que no presenta al reo, es casi siempre ilusoria. No faltan por cierto ejemplares de jueces precavidos y veteranos, que, atendidas las circunstancias sociales y posibilidad, tanto del reo como del fiador y de la causa, suelen admitir la fianza, pero estipulando una suma determinada y tan crecida, que haga improbable y casi imposible la fuga del reo, y esceda con mucho segun la comun estimacion la pena ordinaria del delito presunto: algun ejemplo pudiera citarse de esto, no ya de reo preso y que solicitase su libertad, sino en el caso de un requisitorio para tomarle declaracion al tenor de ciertas preguntas, y remitirle preso à disposicion del juez requirente. En el caso espresado habemos visto que habida consideracion á las circunstancias espuestas, se concede al reo la facultad de presentarse por sí mismo y redimir el vejámen de ser remitido preso de justicia en justicia, afianzando por una cantidad considerable para el caso de no cumplir con la presentacion.

3579 Ni ha faltado ejemplar de que por las mismas consideraciones se ha permitido al reo la libre presentacion, aun sin fianza; por qué, ¿cómo se ha de presumir que un hombre acaudalado y de grandes relaciones sociales haya de sustraerse á la presentacion por el temor de una prision de seis meses y un dia por ejemplo? Pero no puede negarse que en ambos à dos casos el juez requerido toma sobre sí voluntariamente una responsabilidad que de otro modo no tendria, y que se espone à desagradables demostraciones por parte del tribunal superior.

3580 Volviendo à la fianza rigorosa y propiamente carcelera, repetimos que la citada ley de Partida será casi siempre ilusoria, porque nunca se obliga el fiador á pagar cierta suma y pena pecuniaria para el caso de no presentar al reo; y en vano será que el juez la imponga arbitraria, cuando el fiador suele ser tan pobre como el reo á quien fia, y precisamente se recurre á ella porque el reo á causa de su pobreza real ó afectada no encuentra fianza de pagar juzgado y sentenciado. Por manera, que esta fianza viene á ser puramente nominal y una burla hecha á la justicia; valdria pues mas desterrarla y sustituirla por la simple caucion juratoria, ó no admitir ni una ni otra, sino la de pagar juzgado y sentenciado.

3581 Antes de dar punto á esta materia, queremos decir algo mas sobre el ya mencionado artículo 11 del reglamento, y compararlo con la declaracion décimacuarta del 51 del mismo.

3582 Procede la libertad con fianza siempre que aparezca que el acusado no es reo de pena corporal: pero ¿deberá atenderse para esto á la naturaleza del delito, ó al resultado y mérito de los autos? Parece que á lo segundo, porque ocurre frecuentemente que el delito lleve de suyo la pena corporal, y sin embargo por falta de prueba plena se impone segun se practica en todos los tribunales, otra estraordinaria que no sea de las corporales.

3583 Desígnase como corporal la pena de prision ó reclusion por

mas de seis meses; por manera que no es la naturaleza de la pena sino su mayor ó menor duracion la que le dà aquel diverso y grave carácter. Esto en verdad no se compadece con los buenos principios de legislacion criminal, segun los que la pena debe deducirse del delito, y no este de la pena.

3584 Ademas, en materia tan grave viene á reproducirse hasta cierto punto el sofístico argumento, *la falta de un cabello hace á uno calvo*: un solo mes, un solo dia mas de prision ó reclusion la eleva á pena corporal, cambiando enteramente su naturaleza. ¿Y dónde están las leyes que marquen para ciertos delitos, ni aun con un mácsimo ó mínimo al arbitrio prudente del juez, la escala y término de esta especie de pena? ¿Hay por ventura alguna en que se establezca la pena de prision ó reclusion desde un mes, por ejemplo, hasta seis, ó desde seis arriba? Así la calificacion de pena corporal en este punto pende enteramente del arbitrio del juez; y aunque nosotros no somos rigoristas, ni queremos desterrarle del foro, tampoco opinamos por tanta amplitud; y esto en obsequio de los mismos jueces, y porque la administracion de justicia no decaiga de aquel prestigio en que estriba toda su virtud y utilidad.

3585 En la atribucion décimacuarta del artículo 51 se manda consultar la sentencia, ó remitirse los autos originales siempre que la causa fuere sobre delito á que por la ley esté señalada pena corporal. Parece pues que para la consulta de la sentencia ó remision de los autos debe atenderse no á la pena impuesta por el juez, sino á la naturaleza del delito, á si tiene ó no señalada por ley pena corporal. Esta es la interpretacion mas favorable que pueda darse al artículo 51: pero muchos jueces de primera instancia, enlazándolo con el artículo 11, lo han entendido de otro modo, y han creido que la remision de los autos sólo era necesaria en el caso de imponerse algunas de las penas designadas como corporales en el artículo 11, fuese cualquiera la naturaleza del delito. Así es que algunas audiencias para uniformar y fijar la práctica de sus respectivos juzgados en este punto importante, han tenido que pasar circulares mandando à los jueces que para la remision de los autos se atuviesen á la naturaleza de delito ó pena señalada por la ley, y no à la que ellos mismos impusiesen por sus sentencias, y encargando ademas á los promotores que velasen para evitar toda colusion ó descuido, y en caso de duda apelasen.

3586 Pero esto mismo no carece de inconvenientes; si el juez no ha impuesto pena corporal, aunque sea por la debilidad de pruebas, por el concurso de circunstancias atenuantes ó por otras justas consideraciones, ha de tener cierta repugnancia natural en reconocer que el delito la tenia señalada por la ley: ademas, por instruido y celoso que sea el juez, se ha de ver sin regla ni guia en ciertos casos porque, segun habemos observado, no tenemos leyes que fijen el tiempo de prision ó reclusion para los delitos en que haya de imponerse esta pena, y lo que es todavia mas sensible y chocante, ni aun están determinados los delitos á que deba aplicarse.

3587 La duda ú obscuridad en la legislacion criminal, sea en la parte penal ó en la de procedimientos, perjudica mucho á los jueces inferiores, que tienen que obrar por sí solos y sujetos á la censura de

un tribunal superior y colegiado: son por lo tanto dignos de todo miramiento é indulgencia en el estado actual de nuestra legislacion: un buen juez de primera instancia vale bien lo que un buen magistrado, y ejerce mayor influencia que éste en la parte criminal.

3588 Habemos omitido lo que Febrero trae sobre la fianza lega, llana y abonada que debian dar los escribanos de la audiencia de Galicia con arreglo à la ley 57, tít. 2, lib. 5, Novis. Recop., porque creemos que hoy dia no tendrán aquellos mas obligaciones que las impuestas en las ordenanzas á los escribanos de cámara de todas las audiencias.

3589 Lo mismo habemos hecho sobre la que segun el mismo autor y á virtud de las leyes ó autos acordados que cita, debian dar los jueces nombrados en comision para visitar escribanos, tomar cuentas de propios, sisas, repartimentos, mistas, cañadas, sacas y cosas vedadas: esto no puede tener hoy lugar.

3590 Pero hace la útil advertencia que sigue: en la admision de fianzas debe caminar el escribano con precaucion, porque regularmente son de su cargo y no del juez, escepto en las tutelas, curadurías y negocios de república: bien que está esento de responsabilidad en cuatro casos:

1.º Cuando tomó abonador de los fiadores.

2.º Cuando los recibió por mandato espreso del juez. || En las fianzas judiciales siempre antecede mandato espreso del juez, y regularmente con la cláusula de que sean de cuenta y riesgo del escribano actuario. No puede pues referirse el autor à estas, y podria haberse esplicado con mas claridad. Si quiere aludir al caso en que el juez haya mandado recibir por fiador à cierta y determinada persona, ó declarado suficiente la fianza impugnada por una de las partes, no merecia esto la pena de ponerse como una escepcion favorable al escribano. ||

3.º Cuando el obligado principal era muy abonado, ó lo era el fiador al tiempo de constituir la fianza,

4.º Cuando el interesado en la fianza se contentó con ella. ||

SECCION VIII.

De la fianza de arraigo, caucion juratoria é indemnidad.

3591 Aunque ninguno está obligado á dar fianzas si al tiempo de la celebracion del contrato principal no se obligó á ello, pueden no obstante ecsigírsele si disipa sus bienes ó quiere irse á vivir á otro pueblo, en cuyos dos casos puede ser preso hasta que arraigue y dé fiador lego, llano y abonado. (Leyes 1 y 2, tit. 18, lib. 3 del Fuero Real.)

3592 Mas para ser precisado al arraigo debe preceder legitimacion del crédito por confesion, escritura auténtica ó al menos infor-

macion sumaria de testigos. (Ley 66 de Toro, hoy 5, tit. 11, libro 10, Novís. Recop.)

3593 Si el que es demandado en juicio no fuere arraigado en la tierra, puede ser compelido á instancia del demandante á dar fiador de estar á derecho, pero si no le encuentra, bastará que jure estarlo hasta la conclusion del pleito. (Ley 41, tit. 2, Part. 3.) El reformador hace sobre este punto la reflecsion siguiente: «¿De qué servirà la caucion juratoria de quien no encuentra un fiador? ¿No será por ventura mejor dispensarla en este caso?» Nosotros decimos que á valer esta observacion, habria de desterrarse la caucion juratoria, no solo en éste, sino en todos los casos, y aun el uso y vínculo del juramento; la tal cual mayor seguridad que pueda resultar de éste, pende de los sentimientos religiosos y morales del individuo que pueden hallarse en el pobre como en el rico, en el que tiene como en el que no tiene fiadores: y aunque segun Ciceron, *perjurii pœna divina*, *exitium*, *humana dedecus*; el perjurio tiene ademas penas por nuestro derecho. ||

3594 La *caucion juratoria* es una promesa ú obligacion que una ó muchas personas hacen con juramento de cumplir y ejecutar alguna cosa, sea voluntariamente ó por mandato del juez, sin dar fianza ni prenda.

3595 Esta promesa ú obligacion obra el mismo efecto que la fianza, y regularmente se dá por falta de fiador cuando el demandante ó demandado no halla quien le fie por ser pobre, ni tiene prendas para la seguridad de lo que se le pide, ó cuando la cosa en la que recae es de corta cantidad. En ambos á dos casos basta la caucion juratoria, la cual debe hacer el mismo interesado, no otro por él; y si la hace por mandato del juez, ha de estenderse à continuacion la providencia que la motiva. || Mas de una vez en los casos en que procede la libertad del preso bajo fianza, suele concedérsele bajo simple caucion juratoria por no encontrar aquel ni aun fianza carcelera: la pequeñez del delito, la suma pobreza del reo, sus obligaciones de familias y otras circunstancias particulares inclinan á templar el rigor literal, conciliándolo con el espíritu y objeto de la ley, ó al menos con la equidad, que es la justicia natural.)

3596 Don Pedro Melgarejo, tratando de la caucion juratoria, dice que puede hacerla el marido por su muger, los parientes por consanguinidad y afinidad dentro del cuarto grado, y los que tienen hacienda *pro indiviso* unos por otros, citando en su apoyo la ley 10, tit. 5, Part. 3.

3597 Pero en este padeció equivocacion aquel autor, porque la ley de Partida no trata de la caucion, sino de que las referidas personas puedan defenderse recíprocamente en juicio sin poder del interesado, aunque para ello han de dar fianza con pena cierta de que aquel á cuya defensa salen aprobará cuanto se hiciere y juzgare en aquel pleito, y de que, no queriendo hacerlo, ellos y los fiadores pagarán la pena impuesta: añadiendo dicha ley, que deben darla antes de la contestacion; que si entonces no se la piden, no están obligados á ello despues; y que lo mismo puede practicar en punto á defender á otro sin poder suyo aun el que no es pariente, heredero ó comunero, con

tal que dé igual seguridad. Se previene al escribano para que no incurra en errores ni equivocaciones.]

3598 Indemnizar quiere decir y es *sacar á alguien á paz y á salvo de la obligacion que contrajo; de suerte que si paga ó pierde algo, se reintegre y no esperimente perjuicio alguno por ella.*

3599 Las escrituras de indemnidad, que por otro nombre llaman *de sacar á paz y á salvo*, suelen otorgarse para resguardo del que se obligò por fiador de otro, ò del que siendo realmente simple fiador, se obliga como principal de mancomun, ó del que, si es principal con otros mancomunados en una deuda y desiguales en la percepcion y utilidad, se obligan mútuamente entre sí à indemnizarse y satisfacerse lo que les toca pagar mediante á no disfrutar igual beneficio, aun cuando suene por sí y por otros motivos; en cuyos casos no puede el acreedor pedir al fiador de indemnidad la deuda sin hacer escusion en los bienes del deudor principal y de los verdaderos fiadores, aunque la haya renunciado.

[Se advierte aqui en Febrero la misma obscuridad ò falta de esplicacion que en otros muchos lugares. Dice que «el acreedor no puede pedir al fiador de indemnidad la deuda sin escutir antes los bienes del deudor principal y de los verdaderos fiadores." ¿De qué acreedor habla aqui Febrero? El acreedor del deudor ó deudores principales ningun daño ni provecho puede esperimentar de la escritura de indemnidad, en la que no intervino, pues se supone hecha entre el deudor y sus fiadores para asegurar á estos contra los perjuicios que puedan seguírseles de su fianza.

No puede pues Febrero hablar de este caso, y debe presumirse que quiso hablar de aquel en que el deudor principal en la misma escritura de indemnidad dió nuevo fiador por este título ó concepto al que ya era fiador suyo en la obligacion principal, y que se convierte en acreedor del deudor y del fiador de indemnidad desde que al primitivo acreedor dé la dicha obligacion principal.

Esta sin duda fue la mente de Febrero, aunque esplicada confusamente: y de este caso dice que el fiador de la obligacion principal, convertido ya en acreedor por haber pagado, no puede repetir contra el fiador de indemnidad sin escutir antes los bienes del deudor principal y los de los verdaderos fiadores, es decir, de los que lo fueron del deudor por la misma obligacion principal, puesto que pueden haber fiado dos ó muchos á una con el que ahora repite por haber pagado; y añade que la escusion sea necesaria, aun cuando la haya renunciado el fiador de indemnidad.

Nada se encuentra en nuestras leyes acerca de este punto de indemnidad; y no era á la verdad necesario que hablasen de él, puesto que puede muy bien gobernarse y decidirse por las disposiciones generales sobre obligaciones y fianzas.

En derecho romano se toma en muy diferente sentido, y se llama fiador de indemnidad al mismo que fia al deudor por su obligacion principal, pero solo se obliga respecto del acreedor á pagarle aquello que no pueda conseguir del deudor, ò vendiendo la prenda, caso de habérsele dado. Entonces era absolutamente necesaria al acreedor la venta de la prenda y la escusion de los bienes del deudor

principal, sin que perjudicase al acreedor el haberla renunciado. Asi se creyò conforme à la naturaleza misma de esta especie de fianza, porque el que la dió ò prestó en estos términos parece ser un deudor condicional, á saber, para cuando conste que es lo que el acreedor no ha podido cobrar ò conseguir del deudor, y por lo tanto no puede ser reconvenido sino ecsistiendo ó cumpliéndose la condicion, lo que no puede verificarse sin que preceda la escusison. ||

FORMULARIO

Obligacion y fianza simple.

3600 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Francisco Lopez, vecino de ella:=Otorga: que recibe prestados sin premio ni interés como lo jura en forma solemne, de que doy fé, de Pedro Rodriguez, de la misma vecindad, tantos reales en tales monedas, que contadas y suplidas sus faltas los importaron, de cuya entrega y recibo doy asimismo fé por haberse hecho á presencia mia y de los testigos que se nombrarán, y como efectivamente entregado de ellos formaliza á su favor el resguardo mas conveniente, en cuya atencion se obliga á satisfacérselos y ponerlos en su casa y poder, ó de quien tenga el suyo para tal dia en una partida y en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, segun acaba de recibirlos, y no en otra cosa ni especie; y no cumpliéndolo, quiere que se le apremie por todo rigor de derecho, no solo à su satisfaccion, sino tambien à la de las costas, salarios y menoscabos que se le causen, con los intereses, sin que necesite de mas prueba que su relacion jurada, ni proceda aviso ni otra diligencia judicial ni estrajudicial, pues de todo le releva. Y para mayor seguridad de la cantidad espresada ofrece por su fiador à Juan Mendez, vecino tambien de esta villa, que está presente, quien se constituye por tal y se obliga á que si el mencionado Francisco no pagare al plazo estipulado los referidos tantos reales, ni se le hallaren bienes suficientes para completarlos, los satisfará *incontinenti* el otorgante à su acreedor, ó lo que este deja de cobrar, haciéndole constar judicialmente su falencia: á cuya consecuencia quiere que las diligencias que ocurran en este caso se entiendan con él y le perjudiquen como si fuese deudor principal, para la ecsaccion de los tantos reales ó de lo que falte à su complemento, y asimismo de las costas y perjuicios que se le causen, por los que se ha de hacer la propia escusion y remate de bienes que por la cantidad prestada. Por tanto ambos otorgantes obligan sus personas y bienes al cumplimiento de lo pactado, etc. (*Si el deudor principal no concurre al otorgamiento de la escritura por haber constituido anteriormente su obligacion, ha de llevar el fiador la voz en aquella como único otorgante, y entonces se omitirá todo lo que concierne al obligado principal, haciéndose solo mencion de este y de la deuda que contrajo, por la que se le fia.*)

Obligacion y fianza de un deudor y tres fiadores obligados como principales por el todo cada uno.

3601 En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: (*Aquí se pondrá la*

obligacion del deudor principal como la antecedente, si no la ha constituido antes, y proseguirá en esta forma.) Y para mayor seguridad del citado acreedor y del cobro de los espresados 20,000 reales ofrece por sus fiadores y pagadores principales, legos, llanos y abonados á Pedro, Diego y Juan de tal, vecinos tambien de esta villa, quienes se constituyen por tales, y en su consecuencia se obligan todos tres de mancomun y cada uno *in solidum* à satisfacer al mencionado acreedor al plazo prefinido dicha cantidad, sin que tenga que practicar diligencia alguna contra el referido Francisco, ni hacer escusion en sus bienes, pues la renuncia con la ley 9, tit. 22, Part. 5 y demas que disponen que el fiador no pueda ser reconvenido antes que el deudor principal: se conforman con la octava del mismo título y Partida, segun la cual obligándose muchos fiadores por el todo, están obligados á cumplir lo prometido, y el acreedor puede demandar à todos ó cada uno de por sí todo el débito. Hacen suya la demanda agena, y queda de cuenta y cargo de cada uno la completa solucion de los enunciados 20,000 rs., queriendo ser demandados por estos primero que el deudor, y que todos los autos y diligencias que para su reintegro se ofrezcan hacer, se entiendan con cada uno de ellos y no con aquel, sin perjuicio de la accion que el acreedor tiene contra él, pues queda en su fuerza y vigor, para que use de ella á su arbitrio y eleccion. Asimismo se obliga á pagarle en la propia conformidad con los intereses todas las costas, gastos y menoscabos que por su morosidad se ocasionen, de cuyo importe defieren la liquidacion en su relacion jurada, ó de quien haga sus veces, relevándole de otra prueba. Por tanto, á la observancia de este contrato obligan sus personas, &c.

Fianza de saneamiento.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, á quien doy fé conozco,=dijo: Que á pedimento de Antonio Sanchez, de la propia vecindad, despachó mandamiento de ejecucion en tal dia el señor don F., juez de primera instancia de ella, refrendado de F., escribano de su número, contra Pedro Rodriguez, vecino asimismo de ella, por tantos mil reales que le está debiendo en virtud de escritura de obligacion otorgada á su favor en &c., cuya ejecucion trabó y mejoró ante mí en diferentes bienes F., alguacil de este juzgado, quien por ignorar si son ó no suyos y suficientes para completar dicha cantidad, en décima y costas, le requirió que diese fiador de saneamiento, y que en su defecto le pondria preso conforme á lo que manda la ley recopilada: en cuya atencion, para evitar que se le ocasionare semejante molestia, se convino el otorgante en fiarle, y en su consecuencia, mediante el consentimiento por escrito que tengo del acreedor para recibir la fianza en que se conformó con dicho fiador, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, otorga, declara y asegura que los bienes secuestrados al deudor son suyos y libres, y que al tiempo del remate serán bastantes para la solucion de la mencionada cantidad, su décima y costas causadas, y que se causen hasta su efectivo pago; y que si no fueren suyos ni suficientes à justa tasacion para todo, se obliga á sa-

tisfacérselo sin escusa ni dilacion *in continenti* que sea requerido y le haga constar por diligencia judicial su falencia é incertidumbre, ó lo que deducido su importe falte al total reintegro, sin que en ninguno de dichos casos necesite el acreedor hacer escusion en los bienes restantes del deudor por el todo ni parte: pues el otorgante la renuncia con todo lo demas que le sea favorable, para que de ningun modo le sufrague, á cuyo fin se constituye su fiador de saneamiento en forma legal, hace propia la deuda agena, quiere y consiente en que el mandamiento de pago que se libre, se entienda y dirija en los términos propuestos contra su persona y bienes, como si fuese deudor principal, que por tal ha de ser tenido en los casos espresados: otorga la fianza de saneamiento mas estable con todos los requisitos necesarios para su validacion, y á su cumplimiento obliga su persona y todos sus bienes, &c.

Fianza de la ley de Toledo.

3602. En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano del número y testigos Francisco Lopez, vecino de ella, à quien doy fé conozco,=dijo: Que Juan Rodriguez, que lo es de tal villa, siguió autos ejecutivos contra Pedro Hernandez, que lo es de tal lugar de esta jurisdiccion, ante el señordon N., juez de primera instancia de esta villa, por tanta cantidad que le está debiendó en virtud de papel reconocido, en los cuales pronunciò sentencia de remate ante mí en tal dia, mandando espedir el correspondiente mandamiento de pago, y que para ponerlo en ejecucion diese el actor la fianza prevenida por la ley de Toledo; y en atencion á que está pronto á darla, asegura que si la referida sentencia fuese revocada ó modificada por tribunal superior, ó siempre que sea condenado á su restitucion en dicho juicio ó en otro el citado Juan, volverá este *incontinenti* que sea requerido, la cantidad que percibiere en virtud de ella ó la parte en que se modere con el duplo, segun lo previene dicha ley; y por si no cumple, promete el otorgante satisfacerla sin la menor escusa ni demora, á cuyo fin hace propia en este caso la deuda agena, y quiere ser apremiado por todo rigor no solo á su solucion, sino tambien á la de las costas, gastos y perjuicios que se causen al espresado Pedro Hernandez, en cuya relacion jurada defiere su importe, relevàndole de otra prueba, hecha antes escusion de los bienes del referido Juan; y á ello obliga su persona y todos sus bienes, etc.

Fianza de la ley de Madrid.

3603 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, á quien doy fé conozco,=dijo: que Pedro y Juan de tal principiaron autos ante el señor don N., juez de primera instancia de esta villa, sobre tal cosa, y considerando lo costosa que les seria su prosecucion, las dilaciones que esperimentarian, y lo dudoso de sus resultados, determinaron comprometerlo y con efecto lo comprometieron en don N. y don N., abogados de los tribunales nacionales, àquienes concedieron la competente facultad para decidir como àrbitros ó arbitradores las pretensiones de ambos, obligán-

dose á pasar por la sentencia que profiriesen; y en uso de esta facultad habiendo visto los autos y documentos producidos, y oido los fundamentos en que cada uno afianzaba su pretension, pronunciaron su sentencia en tantos de tal mes y año ante N., escribano, con la solemnidad competente, sobre lo que se comprometieron los litigantes, y dentro del término prefinido en el compromiso, condenando al mencionado Pedro, etc. (*Se espresará la condicion*) cuya sentencia se le hizo saber; y por no haber cumplido con su mandato, pidió dicho Juan al señor juez que la mandase ejecutar, á lo que defirió ante mi en tal dia, con tal que diese la fianza que en este caso previene una ley de Madrid, y el otorgante se convino en ser su fiador: á cuya consecuencia otorga y se obliga á que si la espresada sentencia arbitraria fuere revocada por tribunal superior, restituirá el citado Juan *incontinenti* que sea requerido, todo lo que hubiere percibido en virtud de ella con los frutos y rentas que produjere, segun se mandare en la ejecutoria; y no cumpliéndolo, lo pagará el otorgante como su fiador hecha escusion en sus bienes, á cuyo fin hace suya la deuda agena, quiere ser apremiado á ello por todo rigor de derecho, &c. (*Proseguirá como la antecedente, y en las transacciones y sentencias confirmatorias de los pareceres de contadores se observará lo propio.*)

Fianza de la haz y cárcel segura.

3604 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Francisco Lopez, vecino de ella, à quien, doy fé, conozco=dijo: Que Pedro Rodriguez de la misma vecindad, está preso en la real cárcel de esta villa á pedimento de Juan Fernandez, por tal delito, cuyos autos tuvieron principio en tantos de tal mes, &c. (*se relacionará la causa que sea, ante què juez pende, y su estado*) y por ser causa de que no puede resultar pena corporal, solicitó se le soltase de la prision en que se halla, á lo que defirió dicho señor juez en tal dia, con tal que diese antes la fianza de la haz y cárcel segura: en cuya atencion, noticioso el otorgante de esta providencia condescendió á su instancia en fiarle, y para que consiga la libertad que pretende=Otorga: que recibe en fiado y se constituye en carcelero comentariense del referido Pedro Rodriguez, renunciando las leyes de la entrega, y en su consecuencia se obliga à volverle á la prision de que se le saca, dentro de tantos meses contados desde hoy, ó siempre que el referido señor juez ú otro competente se lo mande, y no cumpliéndolo, á pagar tanta cantidad, habiendo de sufrir asimismo las penas que como à tal carcelero se le impongan, y á no pedir nuevo término, sin embargo de que la ley 17, tit. 12, Part. 5, le concede un año, pues la renuncia con las demas que le sean favorables. Asimismo se obliga á estar á derecho y pagar aquello en que sea condenado en todas instancias y tribunales, con las costas que se causen en la ecsaccion de todo, á cuya solucion quiere ser compelido por todo rigor legal en virtud de esta escritura, para lo cual se constituye deudor principal, hace propia la deuda agena, y consiente en que las diligencias que ocurran se entiendan y practiquen directamente con él, y no con el enunciado Pedro, en cuyos bienes re-

nuncia la escusion con lo demas que le puede sufragar y ser útil en este caso. Por tanto, à la firmeza de esta escritura y cumplimiento de su contenido obliga, &c.

Obligacion y fianza de acreedor de mejor derecho.

3605 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Francisco Lopez, vecino de ella, quien doy fé conozco,=dijo: Que es acreedor censualista á los bienes de Juan de Rueda, de cuyos autos y concurrencia conoce el señor don N., juez de primera instancia de esta villa, quien en el que proveyó ante mí á pedimento del otorgante en tantos de este mes, mandó que dando fianza de acreedor de mejor derecho con el capital de su censo, que está depositado en tales arcas, y constituyendo obligacion de ratificarla cuando se vuelva á imponer, se le entreguen tantos reales, importe de los réditos que se le estan debiendo, y que formalice de ellos la carta de pago correspondiente; y estando pronto á esto y poniéndolo en ejecucion, en la forma que mas haya lugar en derecho, otorga, y se obliga por sí y por quien tenga su accion, à volver *incontinenti* que sea requerido, sin la menor escusa ni dilacion los mencionados tantos reales en el caso de que por parecer acreedor mas privilegiado no deba percibirlos, y se le mande desolverlos por lo mismo en cualquier tiempo: á lo cual y à la solucion de las costas que por su morosidad y contravencion se originen en su ecsaccion, quiere ser compelido por todo rigor de derecho y via ejecutiva en virtud de esta escritura, sin que sea necesario otro documento, citacion ni diligencia, pues todo lo renuncia para que no se defiera su cobranza. En esta atencion para la mayor firmeza de lo que ha prometido, sin que la obligacion general derogue ni perjudique á la especial ni por el contrario, sino que se ha de poder usar de ambas, hipoteca á su responsabilidad los tantos reales de réditos con tantos mil, capital del enunciado censo, quiere que en la nueva imposicion que se haga de ellos se hipotequen à favor de cualquier acreedor de mejor derecho, se obliga á ratificar esta ecritura al tiempo que se impongan, prohibe el nuevo destino que se dé sin este gravàmen, para que no tenga validacion ni pase derecho à tercer poseedor, y à mayor abundamiento consiente en que se note y prevenga en las partes conducentes, para que siempre conste, y otorga la fianza mas solemne y firme que sea precisa. Por tanto, obliga á su observancia, &c,

3606 Si un tercero fuese fiador, se ordenará la fianza como otra cualquiera, observando en la relacion y decision lo sustancial del contrato, y poniendo las seguridades que contienen las precedentes; pues sabiendo el fin á que se dirige la fianza, lo mismo es estender una que otra.

Caucion juratoria.

3607 En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Francisco Lopez, vecino de ella, cumpliendo lo que se le ha mandado en el auto precedente, bajo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, promete y se

obliga á (*se pondrá lo que ha de hacer*), segun el contenido de dicho auto, à lo que no se opondrá bajo la pena de ser habido por perjuro y demas à que haya lugar, queriendo ser compelido á su cumplimiento por todo rigor, y que no se le admita escepcion, aunque sea legal, pues la renuncia con todo lo que sea favorable. Asi lo dijo, otorga, etc.

Escritura de indemnidad, ó de sacar á paz y á salvo.

3608 En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Francisco Lopez, vecino de ella, ¡á quien doy fé conozco,=dijo: Que Antonio Rodriguez salió por su fiador, y ambos se obligaron en un todo á pagar á Diego Fernandez tantos mil reales por tal razon, y para que quede indemne de la obligacion que constituyó, y jamas sea perjudicado en cosa alguna, puesto que no ha tenido el menor interés ni utilidad en su importe, en la mejor forma que haya lugar en derecho.=Otorga y se obliga á sacar á paz y á salvo al citado Antonio de la mencionada fianza, y para su mayor seguridad, sin que la obligacion general derogue ni perjudique á la especial ni por el contrario, sino que se ha de poder usar de ámbas, hipoteca especial y espresamente una casa que le pertenece en esta villa, en tal calle (*se pondrán sus linderos, medidas, fábrica y sitio, como tambien relacion de sus títulos, si se quisiere*), la cual está libre de toda especie de gravámen, y quiere que si el enunciado Diego ú otro en su nombre le pidiere y ecsijiere alguna cosa, se proceda contra la espresada casa por via ejecutiva y todo rigor de derecho, hasta que quede indemnizado enteramente de la obligacion que formalizó por él, y de todas las costas procesales y personales y perjuicios que se le causen, cuyo importe defiere en su juramento con relevacion de otra prueba: en cuya atencion otorga á su favor la escritura de indemnidad que sea mas estable y eficaz, y se obliga igualmente á no enagenar la dicha casa ínterin no se estinga dicha obligacion, y si lo hiciere sea nulo. Ademas, aunque esté en poder de tercero, cuarto ó mas remoto poseedor, ha de subsistir siempre afecta á la responsabilidad de la citada fianza, y poder repetir contra ella del mismo modo que si el otorgante la poseyera, á cuyo fin la grava tambien á la observancia de este pacto, para que sea mas firme y no se pueda contravenir á él, todo lo cual quiere se prevenga en los títulos de pertenencia de la citada casa y demas partes conducentes, para que siempre conste de este gravámen y sobre los efectos à que haya lugar; como asimismo que se tome razon en la oficina de hipotecas en el término prefinido por la real pragmática bajo la pena que esta impone. Por tanto, al cumplimiento obliga, &c. (*Proseguirá como en la obligacion con hipoteca.*)

Fianza de mil y quinientas doblas.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: Que ha seguido pleito con tal concejo en tal audiencia, sobre tal cosa, en el cual los señores presidente y oidores de la mencionada audiencia dieron sentencia en grado de revista condenándole en tal cosa, de cuya sentencia por ser-

le gravosa, suplicó segunda vez en el término legal para ante S. M., y se le admitió la súplica con la calidad de que constituyese obligacion, y diese la fianza que previene la ley de Segovia recopilada: á cuya consecuencia, para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, otorga y promete que si la sentencia referida fuere confirmada por los señores jueces á quienes se cometiere la decision del mencionado pleito, pagará *incontinenti* que sea requerido, las mil y quinientas doblas y las costas que se causen en su ecsaccion á su colitigante, cuya liquidacion defiere en su juramento, relevàndole de otra prueba; y queriendo ser apremiado por todo rigor de derecho, y para mayor seguridad de lo que ha prometido, se constituye su fiador Juan Rodriguez, vecino de esta villa, quien se obliga á que si el enunciado Francisco no satisfaciere la cantidad de principal y costas á que se ha obligado, en el mismo acto que se le pida la pagará el otorgante sin la menor escusa ni dilacion, y sin que sea preciso hacer escusion en sus bienes ni practicar mas diligencia con él que el requerimiento para que lo cumpla: en cuya atencion hace suya la deuda agena, se constituye pagador llano y principal, y consiente en que con él se entienda y practique todo lo demas que ocurra, y no con dicho Juan, á cuyo fin renuncia la ley 9, tit. 12, Part. 5, que dice: *que primero se ha de demandar al principal que al fiador, y que éste debe pagar en caso que aquel sea pobre*; y las demas que le favorezcan, para que en ningun tiempo le sufraguen. Por tanto, à la observancia de lo contenido en esta escritura obligan ambos otorgantes sus personas y todos sus bienes y derechos, &c.

3609 En esta escritura se obliga el fiador como pagador principal, y asi podrá ser reconvenido sin que se haga escusion en los bienes del deudor con solo constar por el requerimiento que no pagó; pero si quiere obligarse únicamente como fiador simple, estenderá el escribano la escritura como la ordenada para la obligacion y fianza simple, pues el verdadero fiador no debe obligarse en otros términos. Si el principal no concurre á la escritura, ha de llevar solamente la voz en ella el fiador como único otorgante.

|| Se ha insertado esta escritura porque, aunque este célebre recurso está ya abolido para los pleitos ulteriores, quedó subsistente para los pendientes al publicarse la Constitucion en 1836, y tal vez no se hayan fenecido todos. ||

TITULO LIII.

De las prendas é hipotecas.

3610 Despues de la materia de fianzas, viene naturalmente la de prendas é hipotecas, que se constituyen como aquellas para mayor seguridad del pago ò cumplimiento de una obligacion principal, y tienen de consiguiente el mismo carácter y concepto de accesorias.

3611 Segun la ley 1, tít. 13, Part. 5, la palabra *peño* en su sentido mas lato comprende tanto la prenda en especie, ó de cosa mueble y que se entrega al acreedor, como la hipoteca, ó de cosa inmueble que no se entrega; pero la misma ley advierte que, hablando con propiedad, la palabra peño ò prenda solo cuadra á la primera. El uso ha confirmado despues mas y mas esta observacion: nosotros nos conformamos gustosamente con él, porque contribuye no poco á la claridad en esta interesante materia; pero advertimos que es grande la afinidad entre la prenda é hipoteca, que los efectos de una y otra vienen á ser casi los mismos, y que los pactos particulares pueden alterar la fuerza de esta acepcion general: todo esto es tan obvio que no son necesarias llamadas ó advertencias particulares para argüir de una á otra cuando el caso lo requiera: comenzaremos por el contrato de prenda, y tanto en esta como en la hipoteca insertaremos algunas doctrinas de frecuente y útil aplicacion.

SECCION I.

Qué sea prenda; acciones que produce entre los contrayentes.

3612 El contrato de prenda es aquel en que se entrega al acreedor una cosa mueble en seguridad de su crédito á condicion de restituirla cuando haya sido pagado ó satisfecho en otra cualquiera manera.

3613 Dos acciones pignoraticias nacen de la obligacion con prenda; una á favor del deudor, que se llama *directa*, y otra á favor del acreedor, que se llama contraria.

3614 La primera es para recuperar la cosa si el acreedor no la restituye habiéndosele pagado, ó depositádose judicialmente la cantidad si no quiere recibirla. (Ley 21, tít. 13, Part. 5.)

La segunda compete al acreedor contra el deudor cuando le diö la prenda por equivalente del débito, y luego consta no serlo, ó que no es de tan buena calidad como lo aseguró; pero no puede tomar de su propia autoridad los bienes del deudor; y si lo hace, debe ser con-

denado à volverlos y pagar al rey tanto como importa la deuda, además de perder por el mismo hecho la accion que tenia contra el deudor. (Leyes 1, 5 y 6, tít. 34, lib. 11, Nov. Recop.)

3615 La cosa ha de ser devuelta á su dueño con sus frutos y accesiones. (Ley 2, tít. 13, Part. 5.)

|| Para que tenga lugar la accion directa, es necesario que haya sido pagada ó satisfecha toda la deuda. Muriendo el acreedor con muchos herederos, aunque el crédito, como personal, se divide entre ellos á prorata de sus respectivas porciones hereditarias; sin embargo, si el deudor pagó á uno su parte, y no á todos las suyas, podrán estos retener la prenda y venderla en su caso ofreciendo al deudor lo que pagó al uno de ellos, porque la causa de prenda es indivisible.

Lo mismo y por idéntica razon se dirá en el caso inverso de haber muerto el deudor dejando muchos herederos, y de haber pagado uno de estos al acreedor la parte de la deuda correspondiente á su porcion hereditaria.

Se duda si pagado el principal de una deuda con intereses, pero no estos, habrá todavía lugar à la retencion de la deuda, y se decide por la afirmativa cuando la prenda se dió para seguridad de ambas à dos cosas; por la negativa cuando se dió únicamente para seguridad del capital. Algo sutil parece esta distincion, sobre todo cuando se estipularon los intereses al contraerse la deuda, porque la prenda, dada en seguridad de la obligacion, debe naturalmente comprender todo lo accesorio de esta.

Si el acreedor hubiese empeñado la prenda á otro, no podia su dueño entablar contra este su accion directa, y era necesario que el primero le cediese sus acciones: tambien tenemos esto por demasiado sutil, y creémos que pagando ó depositando judicialmente el deudor, podrá perseguir su cosa contra este tercer acreedor, pues que por el pago ò depósito espiró el derecho del primer acreedor, y *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Puede á veces usar el deudor de esta accion aun antes de haber pagado, como si el acreedor abusa de la prenda, ó le impide usar en ella de su legítimo derecho, ó no se la ecshibe habiendo justísima razon para ecshibirla; bien que en estos casos mas que para la restitucion de la prenda obrará el deudor para la reparacion de perjuicios, ó para que el acreedor afiance de restituir la cosa sin deterioro ó menoscabo por culpa suya.

Sobre la responsabilidad del acreedor por razon de culpa ó negligencia en la custodia de la prenda, recurrieron los romanos á todas las distinciones y sutilezas que en los demas contratos: nosotros reproducimos la opinion que habemos consignado al tratar de este punto; pero nos parece muy bien la doctrina de aquellos en cuanto á pruebas; si el deudor dueño de la prenda, reclama la reparacion del daño que dice haberse causado en ella por culpa del acreedor, deberá probarlo por su calidad de actor y porque lo afirma; si el acreedor alega que la prenda pereció por caso fortuito, deberá tambien probarlo.

Sobre si puede ó no prescribirse la accion para rescatar la prenda, es cuestion muy reñida entre los intérpretes, á quienes pueden consultar nuestros lectores.

La accion pignoraticia contraria se estiende á mas de lo que dice Febrero, pues comprende los gastos necesarios hechos en la prenda, por la que es permitida la retencion de las mismas, y los útiles que no sean demasiado gravosos al deudor: igualmente los daños que haya esperimentado por haberle ocultado el deudor los vicios de la prenda, ó que estaba ya obligada á otro, ó que era agena, &c.

Finalmente, si contra lo que ordinariamente sucede, la cosa dada en prenda ó peños fuere inmueble, y el acreedor estuviese en posesion de ella, resultarán en este caso las mismas dos acciones directa y contraria que en el contrato regular de cosa mueble. ||

SECCION II.

Del derecho del acreedor sobre la prenda.

3616 Aunque por dar el deudor cosa en prenda no traspasa la propiedad de ella al acreedor, adquiere este el derecho de prenda, que es real, sigue á la alhaja á cualquier parte y poseedor que vaya, y puede ejercerlo contra ella el acreedor, á menos que consienta en su enagenacion, pues por esto solo se entiende haberlo renunciado. (Ley 35, tit. 4, Part. 7.)

3617 Si el acreedor que tuviere la prenda permite que se siga pleito con el dueño deudor sobre el dominio de aquella, se entiende y presume que presta su consentimiento á estar y pasar por lo que se determine en aquel pleito, y la sentencia que se diere contra el deudor le perjudicará en cuanto á perder la accion y derecho que tenia en la prenda, quedándole reservado tan solo el correspondiente à la cantidad de la deuda. (Ley 20, tit 22, Part. 3.)

3618 Si el deudor antes de haber entregado la posesion de la prenda la diese, vendiese, empeñase ó enajenase de cualquier manera, entregándola á otro, debe el acreedor á quien se empeñó primeramente, pedir al deudor todo lo que habia dado sobre ella, y si lo pudiese cobrar, debe dejar en paz al que la tiene; pero si no lo pudiese cobrar, tendrá derecho à perseguir la cosa de quien la tuviere. Sin embargo, cuando el deudor la enagena despues que el acreedor le movió pleito sobre ella, tiene este la eleccion de reclamar de aquel la paga de la deuda ó la cosa empeñada del que la tenga, segun mejor le pareciere (ley 14, tit. 13, Par. 5); (esta ley, mas que del caso de rigorosa prenda que supone ya la entrega de la cosa, habla del de peño ó hipoteca especial, para el que establece en favor del tercer poseedor el mismo beneficio de órden ó escusion que compete al fiador.)

3619 Habiéndose dado al acreedor un campo en prenda por una deuda, si despues contrae el deudor otra á favor del mismo sin hacer espresion de prenda por esta, podrà el acreedor retener la cosa hasta que se le pague la segunda deuda, sin que baste habérsele pagado la primera. Pero el acreedor no gozarà de este derecho de retencion sino contra el mismo deudor y sus herederos, no contra un tercero; por manera que, si estando el campo en poder del acreedor lo vendiese el deudor á otro, podrà el comprador reclamarlo de el acreedor con tal que le pague la primera deuda por la que única-

mente habia sido dado en prenda, y no podrá el acreedor retenerlo à pretesto de que no se le ha pagado la segunda. (Ley 22, tit. 13, Part. 5.)

|| Aquí tenemos un campo en poder del acreedor, y de consiguiente en rigorosa prenda, aunque por lo comun esta se constituye en alhajas y bienes muebles. ||

3620 Cuando al constituirse la prenda pactaron el acreedor y deudor que no redimiendo este la cosa empeñada hasta ó dentro de cierto tiempo, pueda aquel venderla, podrà hacerlo en los términos en que hubieren convenido, pasado el tiempo ó plazo sin hacerse el pago; pero deberá antes hacerlo saber al deudor, si se halla en el lugar, y no hallàndose, á los que encontrare en su casa. Practicado esto por el acreedor, ó no pudiendo practicarlo por alguna razon, podrá proceder á la venta de la prenda en pública almoneda de buena fé y sin engaño, devolviendo al deudor el esceso del precio, si lo hubiere habido, y cobrando lo que faltare en el caso contrario. (Ley 41, tit. 13, Part. 5.)

3621 Si al constituirse la prenda no se hubiese fijado tiempo para su redencion, ni hablado cosa alguna sobre su venta, y requerido el deudor por el acreedor delante de hombres buenos para que la redima, no lo hace dentro de doce dias siendo la cosa mueble, ó de treinta siendo raiz, podrá despues venderla el acreedor. (Ley 42, tit. 13, Part. 5.)

3622 Finalmente, aun cuando se haya pactado que el acreedor no ha de poder vender la prenda ó cosa empeñada, podrá no obstante hacerlo; pero en este caso habrá de requerir antes por tres veces al deudor para la paga ò redencion en presencia de hombres buenos, y será ademas preciso que pasen dos años despues de los requirimientos: la venta, asi en este caso como en el del número anterior, deberá hacerse à buena fé y en pública almoneda. (Ley 42, tit. 13, Part. 5.) || Estas leyes 41 y 42 hablan de toda cosa empeñada, bien sea en rigorosa prenda, ó en hipoteca. ||

3623 En los casos anteriores no puede el mismo acreedor comprar la prenda sino con beneplácito del dueño de ella. Pero si puesta en almoneda no saliere comprador por miedo ó miramiento al deudor, podrá el acreedor pedir al juez que se adjudique, y éste deberà hacerlo teniendo en consideracion la cantidad de la deuda y el valor de la cosa empeñada. (Ley 44, tit. 13, Part. 5.)

3624 El acreedor tiene tambien el derecho de empeñar á otro la cosa que él mismo ha recibido en prenda; pero si acaece que le paga el deudor, podrá este recobrarla del segundo acreedor, el cual à su vez tendrá derecho para ecsigir del primero que le dé otra prenda igual, ó que le pague lo que le debe (ley 35, tit. 13, Part. 5): (todo esto rige tambien en las hipotecas propiamente dichas.)

|| Si el primer acreedor, usando de su derecho, obliga à otro su prenda ó hipoteca, no podrá este segundo acreedor enagenarla sino cuando el primer deudor sea moroso en el pago, ó, en una palabra, cuando podia enagenarla el primer acreedor, porque este no pudo traspasarle sobre la prenda ó hipoteca mas derecho que el que él mismo tenia.

Cuando se han señalado varios plazos para el pago, basta la mora

ó falta de cumplimiento en el primer plazo para que pueda procederse á la venta de la prenda ó hipoteca.

Habiéndose prorogado el término ó plazo dentro del que debió hacerse el pago, se entiende convenido tácitamente que no pueda venderse la prenda ó hipoteca hasta que haya espirado la pròroga.

No puede impedirse al acreedor la facultad de vender la prenda ó hipoteca, aunque se le haya pagado la mayor parte de la deuda, si no se le pagó toda, y aunque la prenda sea de gran valor, y poco lo que se resta à deber; pero esta disposicion de derecho rigoroso debe templarse por la equidad cuando con los frutos ó rentas de la cosa puede reembolsarse prontamente el acreedor de lo poco que se le debe.

El derecho del acreedor para vender no puede menoscabarse por la oposicion del deudor, ni porque él mismo prohiba en su testamento que se enagene lo cosa empeñada fuera de su familia, ni por la oposicion del acreedor hipotecario posterior, pues que este puede subrogarse en el lugar y derecho del acreedor anterior, haciéndole pago.

En rigor de derecho no es necesario decreto ó autorizacion judicial para vender la prenda ó hipoteca, aunque pertenezca á un pupilo ó esté obligada al mismo; porque en el primer caso no puede haber necesidad de pedir un decreto ó autorizacion que no se puede negar, y en el segundo, asi como el pupilo no necesitó de decreto para adquirir el derecho de prenda ó hipoteca, tampoco lo necesita para hacer uso de él, y conseguir por la venta el pago de la deuda, que fué lo que trató de asegurar con aquella. Si el pupilo no necesita del decreto del juez para restituir alguna cosa en cumplimiento de un fideicomiso, á pesar de perder con esto el dominio temporal que tenia en ella, cuánto menos lo necesitarà en este segundo caso en que, lejos de perder nada, consigue el pago de lo que se le debia?

No podia por derecho romano comprar en este caso el mismo deudor, porque nadie puede comprar su misma cosa; y si la compraba por menos de lo que importaba la deuda, no estaba el acreedor obligado á entregársela, y le quedaba à salvo íntegramente su derecho de prenda.

Tampoco podia comprarla el acreedor si la prenda ó hipoteca eran convencionales, porque en este caso la venta se hacia en nombre del acreedor, y no podian concurrir en una misma persona los conceptos de vendedor y comprador: mas por la razon contraria cesaba esta prohibicion cuando la venta era judicial y á virtud de sentencia, porque aquí el juez era quien vendia.

Entre nosotros, á pesar de que la venta se hace siempre en pública almoneda, judicialmente, y que no se admite postura inferior á las dos terceras partes de la tasacion, rige la prohibicion en todos los casos, sin que se descubra motivo plausible para ello. Si se admite à un tercero la postura por dos terceras partes de la tasacion, ¿qué razon puede haber para no admitirla tambien al acreedor, y dar con esto ocasion á que se le adjudique la cosa en pago por el todo en que fué tasada? ¿Qué tal será la cosa cuando no ha habido quien ofrezca por ella las dos terceras partes? ¿Ni qué perjuicio esperimenta el

deudor en recibir del acreedor lo que está obligado á recibir de otro cualquiera, tanto mas, cuanto que es posible que la deuda provenga de un contrato de beneficencia? De parte del acreedor no son de temer manejos para que se ofrezca menos del justo precio, porque generalmente es interesado en el mayor precio de la venta; y por el contrario puede haberlos de parte del deudor para obligar al acreedor á pedir la adjudicacion por el todo de la tasacion. Si esta disposicion se funda en una indiscreta lástima por el deudor, y tiene por objeto favorecerle, debiera prohibirse toda postura que no cubriera la tasacion, fuese cualquiera quien la hiciera, sin establecer esta escepcion odiosa contra el acreedor. En alguna de las legislaciones municipales de España llega esta mal entendida compasion hasta el punto de que el deudor, sin preceder subasta ni juicio ejecutivo, puede obligar á sus acreedores á hacerse pago en fincas por el todo de su valor, con lo que se da lugar á que algunos tomen maliciosamente en préstamo cuanto valen aquellas, y las vendan asi forzosa, aunque indirectamente, à sus acreedores por un precio que no sacarian vendiéndolas directamente.

«Pero no obstante esta prohibicion, dice Febrero en su tratado del *juicio ejecutivo*, si se venden los bienes del deudor judicialmente, y no hay comprador que haga postura en todo lo que importan el débito, décima y costas, puede el acreedor, si le acomoda, buscar un postor que le ofrezca con la espresa calidad de ceder el remate á quien le parezca, sin que por esta cesion se cause nueva alcabala; y celebrando el remate en él, trasferirle antes que se le dé la posesion de los bienes subastados en el mismo acreedor por el propio precio sin quedar obligado á la eviccion; con lo cual se halla reintegrado el acreedor de su crédito y costas, y asi suele practicarse en semejantes casos, sin que por ello se anule la venta, no habiendo dolo ni lesion.»

Esto mismo nos afirma en el concepto que llevamos espuesto; siempre que una prohibicion no es justa ni útil, tiene que recurrirse á medios indirectos para eludirla y volver á la utilidad y á la justicia.

Siendo muchas las cosas empeñadas ó hipotecadas, está en arbitrio del acreedor vender la que mas le plazca de ellas.

Se ha dicho ya en los números 2742 y 2745, copiando al Febrero, lo que deba practicarse cuando el acreedor tiene hipoteca especial y general en los bienes del deudor. En rigor de derecho la obligacion del acreedor á escutir ó vender antes las hipotecas especiales en este caso, no debia proceder cuando unas y otras se hallan en posesion del mismo deudor; mas por las razones alli dichas se practica lo contrario aun en el dicho caso. Sin embargo, no nos parece convincente la dada en aquel lugar por Febrero, y es «porque de lo contrario puede seguirse perjuicio á otro acreedor posterior á quien no estén obligadas» (*las cosas que lo estaban generalmente al primer acreedor.*) Esta disposicion de derecho no tuvo por objeto favorecer á cualquier acreedor posterior, sino al que tiene hipoteca especial en alguna de las obligadas generalmente á otro acreedor anterior que tenia al mismo tiempo hipoteca especial en otras. En este caso realmente se sigue perjuicio al acreedor posterior é hipotecario especial de una cosa, de que el acreedor anterior use en ella de su hipoteca gene-

ral sin escutir antes las especiales; pero no en el propuesto por Febrero, pues que la cosa no le está obligada; y si el primer acreedor se apodera de ella à virtud de la hipoteca general, dejará la especial á beneficio del acreedor posterior quirografario.

Por lo demas, salva la venia de Febrero, no vemos que despues del establecimiento de hipotecas pueda dar márgen á disputas, ni surtir grandes efectos la general convencional, desconocida por la ley 3, tít. 16, lib. 10, Novis. Recop., que es la capital en la materia de hipotecas convencionales.

Ni puede ser de grande uso esta doctrina en las hipotecas generales tácitas y legales, porque no van acompañadas de hipotecas especiales, y de consiguiente no hay términos hábiles para obligar, por ejemplo, á la muger á que escuta las especiales que no tiene; pero si quiere usar de su accion hipotecaria legal contra un tercer poseedor, podrá este obligarla á que ejerza antes su accion sobre todos los bienes poseidos aun por su marido ó por sus herederos. (Puede verse la glosa 5 de Gregorio Lopez, á la ley 14, tít. 13, Part. 5.)

Nuestra ley de Partida ha tomado del derecho romano la doctrina de que la venta de la prenda ó hipoteca se haga en pública almoneda; asi nosotros estamos por la negativa en la cuestion de si podrá el acreedor venderla privadamente, habiendo mediado pacto especial para ello, porque de lo contrario podria darse ocasion á colusiones y perjudicarse á los acreedores, sobre todo á los hipotecarios especiales de la misma cosa.

Pero vendida la cosa con las solemnidades de la ley por un acreedor hipotecario mas antiguo y preferente, no puede ser incomodado el comprador ni por el deudor ni por los hipotecarios posteriores, aunque le ofrezcan el precio en que la adquirió.

Por el contrario, si el acreedor hipotecario preferente en tiempo y derecho compra la prenda ò hipoteca privadamente al mismo deudor, pueden los hipotecarios posteriores usar de su accion como si hubiera sido vendida á otro que no fuese acreedor: pero en este caso, aunque por la venta habia espirado la hipoteca del comprador, acreedor mas antiguo, pues que nadie puede tenerla en cosa suya, revive la hipoteca como si no hubiera mediado tal venta, porque esta se resolvió, y el dominio adquirido en la cosa fué revocable.

Lo contrario habria de decirse cuando dos acreedores hipotecarios, uno anterior y otro posterior en tiempo, compran junta y privadamente la hipoteca al deudor, en cuyo caso no tendrán accion contra sí, pues que por el mútuo consentimiento que dieron à la venta se presume que renunciaron su derecho.

Si el acreedor hipotecario posterior hubiese vendido la hipoteca, no tendrá el anterior accion alguna contra él por razon del precio que percibió, porque no era este el gravado, sino la cosa misma, y en los juicios particulares no sucede el precio en el lugar de la cosa; tendrá pues el acredor anterior que ejercer su accion hipotecaria contra el tercer poseedor, à no ser que al cobrar el acreedor posterior se haya dado fianza de acreedor de mejor derecho, ó que recibida la herencia á beneficio de inventario, haya el heredero vendi doos bienes y pagado con su precio á otros acreedores de peor derecho. ||

SECCION III.

De los pactos que pueden y suelen ponerse en las prendas é hipotecas.

3625 Pueden ponerse todos los pactos lícitos y honestos (ley 12, tít. 13, Part. 5); como el de que perdiéndose la prenda, quede libre el deudor, con tal que se pierda casualmente y no por dolo ó culpa del mismo

Que no haya de ser rescatada la prenda dentro de cierto tiempo.

Que no pagando el deudor al plazo señalado, pueda el acreedor tomar de autoridad propia la posesion de la cosa hipotecada; bien que si á pesar del pacto lo resistiese el deudor, no podrá el acreedor recurrir á medios violentos para entrar en posesion, y habrá de implorar la autoridad judicial.

Que el acreedor se haga pago de su crédito con las rentas de la cosa hipotecada, en cuyo caso podrá obrar útilmente contra el arrendatario de la misma.

Que no haciéndose el pago á su debido tiempo, el fiador que pague por el deudor, ó el mismo acreedor se queden con la cosa à título de compra y por su justo precio.

Que se pueda vender la prenda; y este pacto aprovechará no solo al acreedor, sino tambien à sus herederos.

3626 Queda ya espuesto (núm. 3622) cual sea la fuerza, y que efectos surta el pacto absoluto de que el acreedor no ha de poder vender en ningun tiempo y caso la prenda ó hipoteca; por manera que puede decirse que el tal pacto en su sentido absoluto es nulo, como destructivo de la naturaleza y objeto de la prenda ò hipoteca.

|| Por el contrario es vàlido y surte su cumplido efecto el pacto de que el deudor no pueda vender la prenda ó hipoteca; y en tal caso la venta hecha en contravencion será nula, y podrá el acreedor ejecutar desde luego no solo al deudor, sino tambien al tercer poseedor de la hipoteca, como si nunca hubiera salido de la posesion del mismo deudor. Pues aunque generalmente el pacto de no enagenar no afecta á la cosa, sino á la persona, y por lo tanto la venta hecha en contra de él no sea nula ni esté sujeta á rescision, y solo surta el efecto de crear una accion de daños y perjuicios contra el que vendió faltando á lo pactado, sin embargo, se ha admitido lo contrario en la prenda ò hipoteca por la siguiente consideracion.

Cuando el pacto mencionado se pone en la compra y venta ú otro contrato semejante, asi como el mismo contrato no produce accion real sino personal, pareció justo no atribuir mayor eficacia al pacto que se le añade, para que lo accesorio siga siempre la naturaleza de su principal. Pero como el contrato de prenda ó hipoteca crea un derecho real á favor del acreedor, y aquella pasa siempre con esta afeccion ó gravàmen real á manos de cualquier poseedor, no debe parecer estraño que el pacto de no enagenar puesto por el deudor afecte á la misma cosa ó cree una carga real, para que este pacto accesorio no degenere de la naturaleza del contrato que es su principal,

y que de consiguiente sea nula la venta hecha en contravencion de lo pactado, como lo es la que se hace contra la prohibicion de la ley ó del testador ||

|| Acerca del pacto llamado *anticresis* ó *anticreseos*, no hallamos ley patria que señaladamente lo apruebe ó lo repruebe. Consiste este pacto en permitir que el acreedor se utilize de los frutos ó rentas de la prenda ó hipoteca en compensacion de las usuras ó intereses de su crédito: podia ser tácito ó espreso, sobre lo que disputan largamente los intérpretes de derecho romano, en el que estaba admitido el dicho pacto; y disputan asimismo si podia ó no traspasarse por el tal pacto la tasa legal de las usuras.

Esta segunda cuestion, contraida à la anticresis espresa (porque no le daban entrada en la tácita), la resuelven del modo siguiente.

Si las utilidades de la hipoteca son ciertas y determinadas, como cuando consiste en un predio rústico ó urbano que está arrendado por cantidad señalada, la anticresis no puede esceder la tasa legal de las usuras.

Si no son ciertas y determinadas las utilidades de la hipoteca, á causa, por ejemplo, de no estar arrendado el predio, sino que se permite al acreedor que él mismo lo cultive y perciba los frutos, ó que lo habite si es urbano; aunque los frutos en el primer caso y la utilidad de la habitacion en el segundo escedan en algo la tasa legal de las usuras, vale la anticresis, porque se considera mas bien como una especie de arriendo hecho á menosprecio , que como una ecsaccion de usuras ilícitas. Pero si el acreedor en vez de cultivar ó habitar por sí el prédio hipotecado, lo diere en arriendo, habrá de decirse de este segundo caso lo mismo que del primero: empero volvamos al derecho patrio.

De las leyes 1 y 2, tit. 13, Part. 5, se infiere bastantemente que está reprobado entre nosotros el pacto anticrético: oigamos à Sala, que en su Ilustracion al Derecho Real, despues de hacer mérito de las dos leyes mencionadas, añade lo siguiente: «Como en nuestra España están justamente prohibidas las usuras, no admitimos el pacto llamado *anticreseos* que admitieron las leyes romanas, reducido á que gane el acreedor las usuras ó frutos de la cosa que hubiese recibido en peños, si asi se pactase, el cual fué reprobado como usurario en varios capítulos del derecho canónico. Pero sí que admiten nuestros autores la doctrina del famoso *capítulo salubriter* 16, *de usur. de las Decretales de Gregorio IX*, de que el marido que sostiene las cargas del matrimonio puede percibir y retener, sin imputar en la suerte ó capital, los frutos de los bienes que se le hubiesen dado à peños en seguridad de la dote que habian de darle, como compensatorios de dichas cargas, segun lo prueban bien Gomez en la *ley* 50 *de Toro, número* 30; Castillo *lib.* 3 *controv. núm.* 23, y latísimamente el señor Covarrubias, *var. cap.* 1, *núm.* 3, recorriendo muchos casos.»

Se ve pues que el principal y único fundamento de Sala para rechazar el pacto anticrético estriba en tenerlo por usurario y en que por nuestras leyes están reprobadas las usuras ó intereses. Decimos usuras ó intereses, porque usura no es mas que el interés del di-

nero, y no admitimos la pueril y sofística distincion que entre una y otro quieren hacer algunos.

Reducida la cuestion á estos términos, es consiguiente, mal que pese á Sala, que siempre que por ley ó costumbre autorizada pueda llevarse usura ó interés del dinero, habrá de ser permitido el pacto anticrético en cuanto no esceda de la tasa que por ley ó costumbre se haya establecido para la usura ó interés del dinero en el caso de que se trate; y que en los términos y con las limitaciones indicadas es aplicable entre nosotros la doctrina del derecho romano. ||

3627 Está reprobado en las prendas é hipotecas el pacto comisorio, á saber: aquel por el que se conviene que no pagando el deudor dentro de cierto tiempo, se quede el acreedor con la cosa obligada en pago de su crédito. (Ley 12, tit. 13, Part. 5.) La razon es porque la prenda ó hipoteca vale casi siempre mucho mas que el principal por cuya seguridad se dá, y sucederia frecuentemente que el acreedor adquiriria por una cantidad despreciable cosas de gran valor, pues que el deudor, estrechado de la necesidad presente, y con la esperanza de mejorar de circunstancias y de poder pagar al plazo convenido, suscribiria fácilmente á tan dura condicion.

3628 Y es reprobado este pacto no solo cuando se interpuso al contraerse la deuda, sino en cualquier tiempo despues de contraida, porque se atraviesan los mismos temores é inconvenientes, pues con la misma facilidad podrà arrancarlo un acreedor duro y codicioso à un deudor necesitado: hay sin embargo quienes opinan lo contrario en este segundo caso.

3629 Tampoco importa para la reprobacion de este pacto que haya mediado entre el deudor y acreedor ó entre el deudor y su fiador, sea que se haya garantido la deuda con fianza y prenda á un tiempo, ó que el deudor haya dado la segunda al fiador para su seguridad ó indemnidad de las consecuencias de la fianza; porque en ambos casos resultarà que el fiador viene á ser acreedor del deudor, y militarán los mismos temores y peligros que respecto del acreedor primitivo.

3630 Vale sin embargo el pacto de que no pagando el deudor hasta cierto dia, sea la cosa del acreedor por título de compra en cuanto la apreciasen hombres buenos. (Ley 12, tit. 13, Part. 5.)

3631 Parecido, sino idéntico al pacto comisorio, es aquel en que se estipula que no pagando el deudor, pueda el acreedor vender la prenda ó hipoteca y quedarse con el precio total resultante de la venta en pago de su crédito, aunque resulte mas ò menos que el importe de este: así el tal pacto es reprobado por las mismas razones que lo es el comisorio.

SECCION III.

Quiénes pueden empeñar ó hipotecar; qué cosas, y cómo.

3632 Siendo la prenda ó hipoteca una de las especies de enagenacion, podrán empeñar ó hipotecar todos los que pueden enagenar; y podràn hacerlo no solo los verdaderos dueños de la cosa, sino los que

tienen cualquier otro derecho real en ella. (Ley 7, tit. 13, Part. 5.)

3633 Puede hipotecar aun el que á la sazon no tiene el señorío de la cosa, pero espera tenerlo; y si en efecto llega à adquirirlo, valdrá la hipoteca del mismo modo que si lo hubiese tenido al tiempo de constituirla. (Dicha ley 7.)

|| Gregorio Lopez en la glosa 2 de esta ley 7 dice sobre el caso de aquel que tiene derecho, que desde luego quedaria obligado este; y adquirida la cosa en virtud del derecho que obligó, lo estarà tambien ella. En apoyo de esta su opinion hubiera podido citar la ley 18, tit. 13, Part. 5, que establece que para poder el acreedor hacer uso de su derecho de peños ha de probar dos cosas. La una, que le empeñaron la cosa. La otra, que quien la empeñó era dueño de la cosa al empeñarla; y probando esto, se le debe entregar la prenda ó hipoteca que demanda; bien que el mismo Lopez en la glosa 1 de la dicha ley 18 dice que el requisito del dominio solo es necesario cuando el acreedor quiere intentar la accion hipotecaria contra un tercer poseedor, y con efecto de él habla la ley; pero para intentarla contra el mismo que empeñó la cosa, le basta probar que este tal la poseia con buena fé al tiempo en que la empeñó (Sala, Ilustracion al Derecho Real de España, lib 2, tit, 18, núm. 3): nosotros creemos que en este segundo caso bastaría al acreedor probar la constitucion de la hipoteca; ni el derecho ni la moral permiten que el deudor escepcione la falta de dominio ó posesion, y mucho menos la de buena fé por su parte. ||

3634 Puede tambien el apoderado ó mayordomo empeñar los bienes de su amo sin noticia suya; por lo que si invierte en su utilidad lo recibido en préstamo, y pasan las alhajas empeñadas á poder del prestamista, podrá este retenerlas hasta que se cobre; pero si no pasan á su poder, tendrà únicamente derecho para repetir lo que prestó sobre ellas. (Ley 8, tit 13, Part. 5.)

3635 El tutor ó curador pueden asimismo empeñar de su propia autoridad los bienes muebles del huérfano para emplear el préstamo en utilidad de este; pero no los raices, pues para la hipoteca de estos se necesita licencia del juez con conocimiento formal de causa. (Dicha ley 8.: véase núm. 571.)

3636 Pueden ser empeñadas ó hipotecadas todas las cosas que estan en el comercio de los hombres, tanto corporales como incorporales, y no solo las que ya ecsisten, sino las que se espera que ecsistan, como los pastos de los ganados y los frutos de los campos ó àrboles. (Ley 2, tit. 13, Part. 5.)

3637 De consiguiente no pueden serlo las cosas sagradas, santas ò religiosas, sino en los casos en que á pesar de este carácter ó concepto pueden tambien ser vendidas. (Ley 3, tit. 13; ley 15, tit. 5, Part. 5; y 18, tít 15, Part. 1.)

3638 Por la misma razon tampoco puede serlo el hombre libre. (Dicha ley 3, tit. 13.)

Las leyes 8 y 9, tít. 17, Part. 4, ponen una escepcion, de la que felizmente no conocemos en nuestros tiempos ejemplo alguno: el padre acosado del hambre y en estrema pobreza puede empeñar ò vender al hijo: la ley cubre este duro y doloroso

trance con un velo de piedad: «porque non muera el uno nin el otro.»

Queremos tambien poner la otra razon de la ley para recordar á los españoles en estos dias aciagos y en medio de la total subversion de principios y de sentimientos, cuánto se preciaban nuestros mayores de leales, y cómo entendian esta hermosa palabra. «E aun ay otra razon, dice la citada ley 8, porque el padre podria esto fazer: ca segund el *fuero leal de España*, seyendo el padre cercado en algun castillo que toviesse de señor, si fuesse tan cuitado de fambre que non oviesse al que comer, puede comer al fijo sin malestanza, ante que diesse el Castillo sin mandado de su señor. Onde, si esto puede fazer por el señor, guisada cosa es que lo pueda fazer por sí mismo.» «Lealtad es cosa que endereza los omes en todos sus fechos, porque fagan siempre todo lo mejor. *E por ende los españoles que todavía usaron della mas que otros omes*, &c." (Ley 2, tít. 18, Part. 2.) E por ende los españoles catando su lealtad, é queriéndose guardar desta vergüenza &c.» (Ley 2, título 19 de la misma Partida.) ||

3639 Aunque el hombre libre no pueda ser dado en peños, puede no obstante serlo en rehenes por razon de paz ó tregua que firmasen algunos entre sí, ó por otra seguridad semejante á esta. En estos casos, aunque la convencion sobre que fué dado no fuese guardada, no le deben matar ni herir, ni hacerle mal alguno, y solo podrán tenerle guardado todo el tiempo que les parezca, ó hasta que se cumpla el que fue puesto. (Ley 3, tít. 13, Part. 5.) || Hoy dia no tiene lugar alguno la eleccion de rehenes entre particulares, como en los tiempos del feudalismo, ni aun se usa en los tratados de paz y de potencia á potencia: otra especie de rehenes mas triste y vergonzosa habemos presenciado entre los horrores de nuestras discordias civiles. ||

3640 No pueden ser empeñados los bueyes, vacas ni bestias destinadas para arar, ni los arados, herramientas ni demas aperos necesarios para el cultivo de las tierras; y si el juez, ejecutor á otro los prende y hace entrega de ellos, debe pagar á su dueño el daño que se le siga de esto (ley 4, tít. 13, Part. 5; leyes 6, tít. 11, lib. 10; y 15, tít. 31, lib 11, Nov. Recop.)

3641 Tampoco puede ser empeñada ó hipotecada la cosa agena sin mandato de su dueño; pero si este lo supiere despues y lo consintiere ó ratificare, ó estando presente callare y no lo contradigere, valdrá el acto como si se hubiese hecho por su mandato (ley 9, tít. 13, Part. 5.)

3642 Si el deudor despues de haber empeñado á alguno cierta cosa, la empeña nuevamente à otro sin mandato ni sabiduría del primer acreedor, no valdria el empeño ó hipoteca, à menos que la cosa fuese de tanto valor que bastase para pagar á los dos. En los términos espuestos si la cosa no basta para pagar á los dos acreedores, deberá el deudor dar al segundo otra prenda ó hipoteca que valga tanto como su crédito, y á mas de esto puede el juez imponer al deudor pena arbitraria por el engaño que hizo: esto mismo deberá ser guardado cuando el deudor dió en prenda ó hipoteca una cosa agena, ignorándolo el acreedor. (Ley 10, tít. 13, Part 5.)

3643 La prenda ó hipoteca puede constituirse como todas las demas obligaciones en escritura ó sin ella, por mensagero ó por cartas,

estando presentes ó ausentes el dueño de la cosa y el acreedor, espresando siempre con individualidad sus señales para evitar dudas y equivocaciones (Ley 6, tit 13, Part. 5)

3644 Puede tambien hacerse puramente, ó prefiniendo término y poniendo condicion que no sea contra ley y buenas costumbres (segun queda espuesto en la seccion anterior), porque si lo es, no valdrá (ley 11, tít. 13, Part. 5); pero hasta que se cumpla el término y condicion no tendrá accion para demandar la cosa empeñada aquel en cuyo favor se empeñó, á no ser que se presuma que ha de huir su dueño, en cuyo caso podrá pretender que se le entregue por el crédito, ó que el deudor dé fianzas de que se la dará al tiempo prefinido (ley 17, tit. 13, Part. 5): (sobre el modo ó solemnidades para constituir la hipoteca propiamente dicha con arreglo á la ley Recopilada, hablaremos en seccion separada.)

|| Pueden darse en prenda ó hipoteca todas las cosas, ora muebles ó inmuebles, ora corporales ó incorporales, como los créditos y acciones, en cuyo caso el acreedor podrá obrar útilmente contra el tercero obligado al mismo deudor; el derecho de enfitéusis y superficie, y aun el mismo de prenda ó hipoteca, porque puede obligarlo el acreedor; el de usufructo constituido ó por constituir, las servidumbres reales, tanto rústicas como urbanas, pero no separadamente ó de por sí, sino con los mismos prédios á cuyo beneficio han sido impuestas, porque ni pueden ecsistir sin ellos, ni servir de utilidad alguna: finalmente, empeñados los instrumentos de adquisicion, se entienden empeñadas las cosas comprendidas en los mismos (ley 14, tit. 13, Part. 5.)

Pero no puede empeñarse la cosa litigiosa sino en cuanto pueda venderse; al menos la prenda ó hipoteca que se haga de ella en nada perjudicará al que ya la demandó judicialmente.

Cuando uno de los comuneros obliga la cosa que tiene en comun y *pro indiviso* con otros, se entiende únicamente obligada ó hipotecada la parte que en ella le corresponde.

Queda dicho que puede empeñarse ó hipotecarse la cosa agena consintiéndolo espresa ó tácitamente su dueño, ó habiéndolo despues por firme. Puede tambien obligarse bajo condicion para cuando sea del deudor, y esta condicion se sobreentiende cuando uno obliga cierta cosa que todavía no es suya, pero se le debe, y por consiguiente llegará á serlo.

Puede tambien convalecer por un hecho posterior la prenda ó hipoteca de cosa agena aun constituida sin ninguna condicion, y esto sucede cuando el deudor adquiere despues el dominio de ella, bien sea por título particular, ó por haber heredado á su dueño. Y nada importa para esto que el acreedor al tiempo de empeñársele la cosa haya sabido que era agena, porque confirmado el derecho del que dá, es de necesidad que se confirme el derecho del que recibe: y aunque se diga que nadie debe conseguir accion por su propia mala fé, como aqui la tuvo el acreedor, esto es cierto cuando se trata de acciones penales que envuelven ganancia ó lucro, no de las simplemente persecutorias de la cosa.

Si el que no es dueño de la cosa la empeñó á dos ó mas

en diversos tiempos, y despues adquiere su dominio, convalece para todos el derecho de prenda ó hipoteca, pero sin perjuicio de la respectiva preferéncia por razon del tiempo ó anterioridad con que fué constituida á cada uno.

Es dudoso en derecho romano si habiendo uno empeñado la cosa agena, y el dueño de esta llega á heredar al que la empeñó, convalecerá ó no la hipoteca. Esta cuestion la resuelven algunos autores del modo siguiente, aunque ni satisface à la razon ni basta á conciliar las leyes contrarias que dan márgen á la duda: si el empeño ò hipoteca se hizo ignorándolo simplemente el dueño de la cosa, convalece desde que este llegó á ser heredero de aquel; si se hizo sabiéndolo y resistiéndolo el dueño de la cosa, no convalece.

Si el dueño de la cosa que otro empeña lo sabe y calla ó disimula maliciosamente, á fin de que sea engañado el acreedor, vale por derecho romano la prenda ó hipoteca en pena del fraude ó malicia del dueño.

Puede sentarse como regla general que no son susceptibles de prenda ó hipoteca las cosas en que no puede trabarse ejecucion, pues que por esto mismo vendria á ser ilusoria.

Como la prenda ó hipoteca es el accesorio y garantía de otra obligacion principal, puede decirse de aquella casi todo lo que se ha dicho de la fianza sobre las obligaciones en que pueda tener cabida. Bastará por lo tanto que haya una obligacion natural principal para que pueda constituirse útilmente prenda ó hipoteca por otro tercero, y el acreedor podrá ejercer sus derechos sobre ella, aunque no pueda hacerlo contra el deudor obligado tan solo naturalmente. Pero es preciso que la obligacion natural no sea de las especialmente reprobadas por derecho civil, como lo es el contrato celebrado con un pródigo judicial y el préstamo hecho al hijo de familias; pues aunque no puede negarse que uno y otro quedan obligados naturalmente, sin embargo el legislador por razones de conveniencia y de moral pública se ha mostrado mas severo en estos y algunos otros pocos casos, y los ha despojado de los efectos atribuidos generalmente á las obligaciones naturales; será nula por lo tanto en ellos la dacion de prenda ó hipoteca, igualmente que la fianza. ||

SECCION IV.

De las especies de prendas ò hipotecas.

3645 Cuatro especies hay de hipotecas.

1.ª *La convencional ó espresa, porque se constituye por convenio del deudor, que á instancias del acreedor y voluntariamente obliga sus bienes á la satisfaccion del débito ó cumplimiento del contrato.*

2.ª *La legal ó tácita, porque aunque el deudor no los obligue, quedan obligados tácitamente por la sola disposicion de la ley*; como sucede en los arrendamientos, tutelas, dotes, *etc.* (Leyes 23 y siguientes, tít 13, Part. 5.)

3.ª La pretoria, que se constituye *cuando el juez por la contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor para que se reintegre de su*

crédito (leyes del tít. 8, Part. 3, y del tít. 5, lib. 11, Nov. Recop): esto es lo que se llama emplazamiento, que aunque en esta córte no se usa, está sin embargo permitido por las leyes indicadas, y puede practicarse.

4.ª *La judicial, que es la que se hace por medio de la via ejecutiva regular.*

3646 Estas dos últimas especies de hipotecas, como se constituyen en virtud de apremio judicial, se reputan por una, y unicamente se diferencian en que, dándose á un acreedor la posesion de bienes de su deudor, es visto por el mismo hecho darse á los demas, de suerte que tienen igual derecho y preferencia (ley 1, tít. 13, Part. 5); y en el juicio ejecutivo el que primero le intenta y toma posesion, es preferido á los otros.

|| Del asentamiento hablaremos al tratar de los juicios; baste saber que el mismo Febrero en el lugar indicado añade: «sin embargo de que no se usa en esta córte ni en otras muchas partes, *por cuya razon no trato de él,* puede usarse.» Lo que se practica es seguir la causa en rebeldía, señalándose los estrados por procurador al contumaz, y haciéndose en ellos las notificaciones, que le perjudican como si estuviese presente, menos en lo criminal.

Entre la hipoteca ó prenda convencional y la judicial ó la que el juez manda entregar para hacer cumplir lo juzgado, hay la diferencia que en la primera queda obligada la cosa por el solo convenio y sin necesidad de entrega; en la segunda no lo queda hasta ser entregada al acreedor, y si antes de esto lá obliga el deudor á otro, será este preferido. (Ley 13, tít. 13, Part. 5.)

La hipoteca espresa puede tambien constituirse en testamento, como si un testador legase à otro cierta cantidad anual hipotecando para la mayor seguridad de su pago algunos bienes. ||

3647 La hipoteca puede ser general ó especial.

3648 General es la que comprende todos los bienes del deudor, y en este caso alcanza aun à los bienes que tenga en lo sucesivo. Pero quedan esceptuadas aquellas cosas que verosímilmente nadie quiere obligar, cuales son las que necesita diariamente para el servicio de su cuerpo y de su compañía, por ejemplo: su lecho y el de su muger, la ropa, los utensilios de cocina que ha menester para el servicio de su comida, las armas y el caballo de que se sirve, y otras semejantes. (Ley 5, tít. 13, Part. 5)

3649 Hipoteca especial es la que se constituye en alguna ó algunas cosas determinadas, y comprende únicamente estas.

3650 El derecho de hipotecas se interna é identifica de tal modo con las cosas hipotecadas, que se conservan en ellas aun cuando cambien de estado, como si fuesen casas y se derribasen, ó tierras calvas y se plantasen en ellas árboles ó majuelos; y se estiende aun á sus mejoras y crecimientos, como si fuese campo ó viña, ó huerta que estuviese en la ribera de algun rio, y con las avenidas del mismo se le allegase ó acreciese alguna tierra.

3651 Pero si las mejoras hubiesen sido hechas por un tercer poseedor de buena fé, no podrá ser desapoderado de la cosa hipotecada hasta que el acreedor le reembolse los gastos ó impensas que manifiestamente parezcan hechas en utilidad de aquella, aunque deberá com-

pensarlas con los frutos percibidos de la misma hasta donde alcancen. (Leyes 15, tít. 13, Part. 5; y 41, tít. 28, Part. 3.)

|| La division de la hipoteca en general y especial conviene no solo á la espresa ó convencional, sino tambien á la tácita ó legal; especial tácita, por ejemplo, es la que compete al que prestó dinero para hacer ó reparar alguna casa ú otro edificio, en la misma casa ó edificio en que se empleó el dinero; general, la que compete al huérfano en todos los bienes de su tutor.

La misma especial puede recaer sobre un cierto todo ó conjunto de cosas, por ejemplo, un rebaño, una tienda con sus géneros; y como las accesiones ó aumentos posteriores de la cosa quedan tambien sujetos al gravàmen de hipoteca, se ha de distinguir segun los casos, qué es lo que deba entenderse por accesiones.

Hipotecado un rebaño ó cabaña, lo estarán tambien las cabezas que despues nazcan del mismo; por manera que aunque se haya renovado en su totalidad, y no quede en él una sola de las cabezas ecsistentes al constituirse la hipoteca, quedará no obstante sujeto á ella, porque se reputa ser siempre el mismo rebaño.

Obligada ó hipotecada una tienda, aunque su dueño venda los géneros ecsistentes á la sazon en ella, si introduce otros, se entenderán estos obligados.

La prenda ó hipoteca que el dueño de la cosa arrendada tiene para la seguridad del precio del arriendo en las cosas introducidas en ellas por el arrendatario, se entiende no solo de las que introdujo al tiempo de hacerse el arriendo, sino tambien de las introducidas despues. ||

Cuando la hipoteca especial recae sobre cosa ó cosas singulares, no sobre un todo ó conjunto de cosas, entiéndense por accesiones, en cuanto à quedar comprendidos en el mismo gravàmen, los frutos que produzca la cosa. Segun la ley 16, tit. 13, Part. 5, si el que empeñó su heredad la vendiese ó enagenase de otra manera despues de haberla sembrado, estaràn tambien obligados los frutos que sembrados antes nacieron despues; pero será lo contrario cuando el comprador la sembró estando ya en posesion de ella.

|| Por derecho romano, estando la hipoteca en poder del mismo deudor, se entendian obligados los frutos siempre que los percibia despues de la contestacion del pleito, no alcanzando la misma cosa à cubrir el crédito; los percibidos antes no se entendian obligados sino en el caso de que todavía ecsistieran y no bastára la cosa hipotecada.

Los percibidos y consumidos por un tercer poseedor de buena fé, asi como este no tenia obligacion de restituirlos al mismo dueño de la cosa, tampoco al acreedor, porque nunca llegaron á hacerse del deudor; y esto regia aun cuando se hubiera pactado espresamente que los frutos quedasen tambien comprendidos en la hipoteca.

Teníase tambien por accesion de la heredad hipotecada no solo el aluvion, sino tambien la isla nacida delante de la misma, y de consiguiente quedaba sujeta á la hipoteca, como asimismo el usufructo que despues acreció ó se agregó á ella.

Si de la cosa obligada se habia hecho una nueva especie que pudiera reducirse á la antigua materia, se estendia á ella el de-

recho de prenda; pero no en el caso contrario, á menos que la hubiera hecho el mismo deudor ú otro por su mandado, de modo que el deudor quedara dueño de la nueva especie.

3652 Lo que restaba de la misma cosa hipotecada, ó se le habia agregado cambiando su estado ó mejorándola, quedaba sujeto al mismo gravámen; como si de la casa hipotecada se hizo un huerto, ó al contrario, si un campo se convirtió en viña, ó si quemada la casa quedó reducida à solar, y de tal modo en este último caso, que lo que se reedificaba nuevamente sobre el solar quedaba tambien sujeto à la misma hipoteca, sin que fuera necesario abonar los gastos cuando era el mismo deudor y dueño de la cosa quien edificaba.

Lo contrario se observa respecto de un tercer poseedor de buena fé, pues no estaba obligado á restituir el edificio á los acreedores si estos no reembolsaban los gastos en cuanto por ellos se habia aumentado el valor de la cosa. Todo esto se halla en armonía con la citada ley 15, tit. 13, Part. 5, y puede servirle de comentario.

3653 Pero no deberá ser oido el tercer poseedor de buena fé que edificó en el solar hipotecado, si quiere librarse ofreciendo al acreedor el precio del solar, desnudo y deducidas las mejoras; ya porque el poseedor reconvenido con la accion hipotecaria tiene que pagar íntegramente al acreedor, ó dimitirle la hipoteca, ya porque las leyes solo conceden al acreedor la retencion de la hipoteca hasta que se abonen los gastos, y una vez hecho el abono, debe restituirla á su dueño ó al que deriva su derecho de este, como es el acreedor hipotecario.

3654 En la hipoteca general, convencional ó legal, tanto por nuestro derecho como por el romano, se comprenden los bienes presentes y futuros, de cualquiera especie que sean, con las escepciones que ya habemos mencionado; pero no los sujetos á restitucion á causa de fideicomiso, aunque sí los frutos que haya de percibir de ellos el fiduciario por ser la restitucion condicional ó à dia cierto, hasta que ecsista la condicion ó llegue el dia señalado.

3655 Muriendo uno cuyos bienes estaban gravados con hipoteca general, no por esto han de entenderse gravados con ella los bienes de su heredero, como que nunca estuvieron en poder del difunto, à no ser que este hubiese tambien hipotecado espresa y generalmente los bienes de aquel.

3656 Lo contrario sucederà cuando los bienes del heredero eran los gravados con hipoteca general; pues como esta comprende tambien los bienes futuros, y los del difunto han recaido en el heredero, es consiguiente que desde entonces queden obligados á los acreedores por la hipoteca general.

3657 Por derecho romano tampoco quedaban comprendidos en esta hipoteca los bienes que el deudor vendia con beneplácito de su acreedor, aunque despues volvieran à su dominio.

3658 Dudose hasta Justiniano si en el caso de obligar uno simplemente *sus bienes*, debian entenderse obligados todos, y constituida hipoteca general: Justiniano resolvió la cuestion por la afirmativa, y dió á la oracion indefinida en este caso la fuerza y sentido de oracion universal; porque los actos y convenciones deben, cuanto sea posible, interpretarse mas bien de modo que valgan, que no

de suerte que perezcan ó no surtan efecto, y aquí no se podria saber qué cosas en particular eran las obligadas, si no lo quedaban todas.

3659 Y no es solo este caso el en que se ha dado igual fuerza y sentido á la oracion indefinida, porque habiéndose legado indefinidamente vino, trigo, miel, aceite, aunque algun jurisconsulto opinó que el heredero cumplia con dar de cada especie lo que quisiera, finalmente se adoptó que el legado comprendia todo lo que de cada una de ellas dejó el testador.

3660 Igualmente el heredero rogado simplemente para que restituya á otro los bienes del testador, se entiende gravado con la restitucion de todos ellos.

3661 Nosotros creemos que si llegara á ocurrir esta duda deberia decidirse como lo fue en derecho romano, porque las razones que asi lo persuaden son tan fuertes como sencillas. La ley 5, tit. 13, Part. 5, lo pasa en silencio, y solo decide que cuando uno obligó *todos sus bienes*, se entienden obligados los presentes y futuros.

3662 Quedan esplicados en otra parte los efectos de la hipoteca general convencional cuando va acompañada de la especial, y aun cuando se halla sola por ser legal, y se quiere hacer valer contra un tercer poseedor.

SECCION V.

De la hipoteca tácita ó legal.

3663 Ya se ha dicho que esta especie de hipoteca puede tambien ser general ó especial, segun que la ley la constituye en todos los bienes ó señaladamente en algunos.

3664 Competia hasta ahora á la Iglesia hipoteca especial por sus diezmos en las cosas de que se debian y en los predios ó heredamientos de que se pagaban, porque la obligacion de satisfacerlos era real, seguia al predio, el cual se reputaba hipotecado al pago, y pasaba con este gravámen al tercer poseedor; y le competia general en los demas bienes del que los adeudaba, y en los de su prelado ó administrador por la administracion de los suyos desde que entraron en ella y empezaron á usarla. (Ley final, tit. 20, Part. 1.) || Aunque todo esto ha variado, y las iglesias no posean ya bienes raices, esta hipoteca habrá de subsistir en los bienes de los que de cualquier modo ó por cualquier concepto administren ó recauden las rentas ò fondos asignados al culto, porque las iglesias no han perdido su concepto de menores. ||

3665 Compete asimismo hipoteca general tácita al hospital en los bienes de su administrador por lo tocante á la administracion de los suyos, desde que principió á ejercerla, para poderle demandar y hacer efectivo en ellos el alcance líquido que resulte contra él.

3666 Del mismo modo compete á la república en los del que administra sus caudales, desde el propio tiempo y no antes.

3667 Finalmente, compete á la comunidad, fisco, iglesia, segun se ha dicho, y menor por la de los suyos. (Leyes 23 y 25, tit. 13, Part. 5.)

3668 No solo compete la hipoteca tàcita al menor de veinte y cin-

co años sobre los bienes de su tutor ó curador, sino tambien sobre los de sus herederos y fiadores por el alcance líquido que resulte contra él en la administracion de la tutela; pues desde el tiempo que la administró quedan responsables á su satisfaccion y á la del perjuicio que le cause con su mala versacion en ella, lo cual tiene lugar aunque su madre y abuela sean tutoras.

3669 Le compete asimismo en los de su curador para pleito (Ley 23, tit. 13, Part. 5; y ley última, tit. 16, Part. 6); y si su madre tutora se vuelve à casar, á mas de perder la tutela, quedan obligados tácitamente á las resultas de esta sus biénes y los de su marido hasta que den cuenta con pago. (Ley 26, tit. 13, Part. 5.) Pero no le compete en los del juez ò magistrado que nombró al tutor ò curador, ni tampoco á estos en los bienes de sus menores, porque no lo dispone la ley, y esta hipoteca solo se induce en los casos que aquella espresa.

3670 La hipoteca tàcita que los pupilos y menores tienen en los bienes de sus tutores ó curadores, comprende únicamente los que estos poseen al tiempo de recibir la tutela y curadoría, y adquieren mientras estas duran, pues no se estiende à los que ganen despues de acabadas aquellas.

3671 Compete esta hipoteca desde el dia en que el tutor recibió la tutela ó el curador la curadoría, aunque empezase mucho tiempo despues à usar mal de la administracion; hàyala recibido con las solemnidades legales ó sin estas, porque no debe ser de mejor condicion el intruso en ella que el que las observó. Compete pues al pupilo en los bienes del que hizo de tutor y administró los suyos en cualquier concepto, aunque fuese en el de factor nombrado por este y no por el juez; pero no si administró como amigo, siéndolo, porque el privilegio no debe estenderse por semejanza fuera de sus términos.

|| Sobre si la hipoteca tácita que tiene el menor en los bienes del tutor ó curador se estiende à los del factor ó administrador electo por alguno de ellos, se ha de distinguir. Si el nombramiento se hizo á instancia del menor ó por sus respetos, tendrà este hipoteca tácita en los bienes de dicho factor ó administrador; pero si se hizo por respetos del tutor, solamente él tendrá accion personal contra los espresados bienes. (*Nota del reformador de Febrero.*)

Como ni Febrero ni su reformador citen ni puedan citar respectivamente ley alguna pátria en apoyo de sus doctrinas, y en último resultado hayan tenido que tomarlas de autores que generalmente se refieren á derecho romano, no estará por demas esponer á nuestros lectores lo que opinan otros que han bebido en la misma fuente.

Es indudable que los pupilos tienen hipoteca tácita en los bienes de los pro-tutores, y á esto es consiguiente que la tengan tambien en los del factor que se agrega al tutor para despachar los negocios del pupilo, como igualmente en los bienes del procurador (lib. 13, §. último, cod. *de judiciis*); pues respecto del pupilo importa muy poco que haga el factor, procurador ó tutor lo que no puede hacer el mismo pupilo á causa de su edad, sea que el factor haya sido elegido por el tutor ò dado por el juez; bien que en opinion de algunos no compete al pupilo el derecho de hipoteca en los bienes del factor nombra-

do por el juez. Pero si compete este derecho en los bienes de los que sin ser tutores ni pro-tutores administraron los negocios del pupilo por pura amistad, segun la ley 23, tit. 5, lib. 42 del Dig., á pesar de que se asemejan á los tutores mucho menos que los factores constituidos por el juez, no hay razon para negar á los pupilos hipoteca tácita en los bienes de los tales factores. Supuesto el silencio de nuestras leyes y la discordancia de los autores, podrán decidirse nuestros lectores por lo que les parezca mas fundado y equitativo. ||

3672 Tambien compete dicha hipoteca sobre los bienes del tutor, aun cuando no haya administrado, una vez que recibió la tutela, porque todos los tutores deben dar cuenta y razon sin embargo de que no administren; bien que se ha de observar entre ellos el órden de reconvenir primero á los que administraron, y no teniendo estos con que pagar, á los otros en subsidio: pues aunque sean muchos, asi como no se puede dividir la accion de tutela que compete al menor contra cada uno *in solidum*, tampoco se divide entre ellos la hipoteca. (Véase núm. 564.)

3673 El derecho de hipoteca tácita, como real é inherente á la cosa y accion, pasa á los herederos del pupilo ó menor, no solo contra su tutor ó curador, sino tambien contra los herederos de estos y cualquiera singular sucesor suyo, aunque sea estraño.

3674 Por lo dicho en el número anterior se limita á los bienes heredados del mismo tutor ó curador, y no se estiende á los propios de su heredero ó sucesor, porque estos no se hallan obligados ó hipotecados á la deuda del difunto, en cuyo poder nunca estuvieron; á menos que el mismo heredero quiera obligarlos, ó que el difunto los obligase espresamente y su heredero admitiese llanamente su herencia, con cuya aceptacion es visto aprobar la obligacion é hipoteca.

3675 Como el tutor y su pupilo, y el curador y su menor son correlativos, fundados algunos autores en esto y en que los bienes del pupilo y menor están obligados tácitamente, segun una ley del derecho civil, á lo que resulte estar debiendo por razon de la administracion á su tutor ó curador, afirman que lo están tambien á la satisfaccion de las espensas que estos han hecho en utilidad de aquellos, y constan de la cuenta de su administracion: pero otros defienden que les compete solamente accion personal y retencion de los bienes del pupilo ó menor hasta reintegrarse de lo espendido en su utilidad durante la tutela ó curadoría, porque la hipotecaria solo tiene lugar cuando espresamente está asi dispuesto por derecho.

3676 Gozan tambien el pupilo y menor de hipoteca tácita en la cosa que otro compró con dinero de ellos, no obstante que segun las leyes se hace del comprador la cosa comprada con dinero ageno, y no queda hipotecada á su solucion, á menos que se pacte lo contrario; y dicha hipoteca tiene lugar, aunque con el dinero del pupilo ó menor se compre alguna cosa para utilidad de otro pupilo, porque el privilegio de este no estingue el suyo.

3677 Esta hipoteca, tácita como se vé, es especial en la cosa comprada, y dá al pupilo respecto de ella preferencia sobre aquel á quien el mismo comprador tenia obligados sus bienes con hipoteca general. (Ley 30, tit. 13, Part. 5.)

3678 A la muger casada compete el derecho de tácita hipoteca para recuperar su dote verdadera, y no putativa, sobre los bienes de su marido desde que la recibe (ley 23, tit. 13, Part. 5); mas no cuando se pide la dote en fuerza de legado ú otro título.

|| Esta segunda parte no se halla en la ley 23, y sin duda Febrero quiso indicar aqui lo que en otra parte esplica mas latamente con estas palabras: «Confesando en testamento ó en otra disposicion última el marido haber recibido la dote, no valdrá como tal ni como crédito, sino como legado, á menos que por otro medio se acredite su solucion; bien que es menester que se confirme con su muerte, porque hasta entonces puede revocar su confesion. Y si en el testamento jurase haberla recibido, se tendrà por dote y no por legado, y le perjudicará en el todo, como tambien á sus herederos legítimos y estraños, aunque por otro medio no conste su entrega.»

Nada de cuanto aqui dice Febrero se apoya en ley espresa; es pues doctrina tomada de los autores; y ni aun siquiera tenemos ley que hable del legado ó prelegado de la dote, como la habia entre los romanos, y de las ventajas que podia tener esta accion sobre la ordinaria de dote ||

3679 A los herederos de la muger casada, sean legítimos ó estraños, y á los cesionarios y sucesores particulares compete igualmente hipoteca tácita en los bienes de su marido por el importe de la dote que llevó à su matrimonio; y los hijos habidos en este no solo tienen dicha hipoteca, sino tambien por razon de la sangre el privilegio de prelacion á otros acreedores de su padre que la tengan, aunque sea anterior, como se dirá en el título sobre los privilegios ó preferencia de los acreedores hipotecarios. (Ley 33, tit. 13, Part. 5.)

3680 Compete igualmente á la muger hipoteca tácita general en los bienes de su marido por los parafernales desde que se los entrega para que los administre, y no antes ni cuando ella los administra por sí (ley 17, tit. 11, Part. 4); pero si el marido se obliga en el contrato matrimonial á tener por aumento de dote los bienes que durante el matrimonio leguen, donen, ó herede la muger, tendrá esta ademas el privilegio de prelacion por su importe desde el dia en que conste haber recaido en ella, porque desde entonces tiene su principio la obligacion de responder de ellos, y no se reputarán parafernales, sino dotales aumentados á la dote principal.

|| En la seccion 10, tit. 5, núms. 267 al 271, se habló lijeramente de los bienes parafernales, porque, segun se advirtió, sucede muy pocas veces en el dia que al otorgar la carta dotal no se comprendan en ella los bienes de toda especie que lleva la muger.

Concediendo que esta los adquiera despues, todavía no puede tener aplicacion al presente la ley 17, tít. 11, Part. 4, en cuanto á la administracion, pues que por leyes posteriores el marido que ha entrado en los diez y ocho años la tiene en todos sus bienes y en los de su muger, independientemente de la voluntad de esta, la que por otra parte no puede hacer ni deshacer contrato ó casi contrato sin su licencia; y por último los frutos y rentas de estos bienes aumentarán la masa de gananciales.

Así pues, toda la distincion que puede hoy sostenerse rigorosamen-

te entre bienes dotales y parafernales, se reduce á que para la seguridad y restitucion de los primeros compete á la muger hipoteca tácita general privilegiada en los del marido, y en cuanto á los segundos la misma hipoteca sin privilegio. ||

3681 Goza tambien la muger de hipoteca tácita por las arras que el novio le promete; y si esta oferta es por via de remuneracion, la hipoteca será ademas privilegiada.

3682 Del mismo derecho ó beneficio de hipoteca tácita gozará por los alimentos que su marido debe darle, mas no por su mitad de gananciales.

3683 El marido tiene hipoteca tàcita general por la dote prometida antes de casarse en los bienes del que la prometió, si despues se celebra el matrimonio (ley 23, tit. 13, Part. 5); de manera que el que la prometió no puede evitar la hipoteca, aunque proteste que sus bienes no quedan obligados à su responsabilidad, à menos que el marido lo consienta.

|| Segun los autores, el marido no tendrà en esta hipoteca el privilegio de prelacion como lo tiene la muger (Greg. Lopez, glosa 1 á dicha ley 23): lo espuesto sobre las dotes deberá entenderse aun cuando el matrimonio no sea mas que putativo. ||

3684 El fisco tiene hipoteca tàcita especial en la cosa que se vende, cambia ó permuta, por la alcabala y demas derechos que se causan, en todo caso y tiempo, pues para con la hacienda pública nunca prescribe el derecho de ecsigirlos (ley 9, tit. 9, lib. 1, Novís. Recop.), y la tiene ademas general por los tributos reales, personales, ordinarios y estraordinarios en los bienes del que los debe, y en los que los herederos hubieron de él en vida por cualquier otro título. (Ley 25, tit. 13, Part. 5.)

3685 Tambien la tiene en los de aquellos que contratan con él, y en los de sus tesoreros, administradores, cobradores y recaudadores de caudales públicos, y asimismo en los de sus fiadores y abonadores. (Ley 35 al final, tit. 13, Part. 5.)

3686 Corresponde al legatario hipoteca tácita general en los bienes del testador por el legado que le hizo, y empieza desde su fallecimiento (ley 26, tit. 13, Part. 5); siendo de advertir que los legados pios gozan de preferencia respecto de los que no lo son, á menos que esté en contrario la voluntad espresa ó presunta del testador.

3687 Corresponde tambien la misma hipoteca á los hijos legítimos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que entraron en su poder, y los administró, empezando aquella desde que los recibe (ley 24, tit. 13, Part. 5); y si su padre los enagena, quedan obligados los suyos á responder de su valor, de tal suerte que despues de su fallecimiento pueden los hijos repetirle del comprador, haciendo antes escusion en los paternos, y no en otra forma: pues como primero se han de pagar sus deudas, deben aquellos reintegrarse de la suya, y si hubiere para su reintegro, aunque nada les quede que heredar, no tienen accion contra el comprador.

|| La ley 24, citada por Febrero, dice en resúmen: «Si el padre enagena ó malgasta los bienes adventicios del hijo, y este le hereda, no podrá demandarlos (*sus bienes propios*) al comprador, porque como

heredero está obligado á pasar por todos los contratos de su padre; si no le hereda, debe primero escutir los bienes dejados por el padre para reintegrarse del valor de los enagenados; no habiendo ó no bastando los bienes del padre, puede el hijo demandar *sus bienes* donde quiera que los halle.

Gregorio Lopez, epitomando esta ley, hace recaer el posesivo *sus* sobre los bienes del padre, *aget filius contra quemlibet detentorem bonorum patris*; sin embargo, en la estensísima nota 9 de la misma se manifiesta indeciso, habla de vindicacion de lo enagenado, y agita una y muchas cuestiones en sentidos opuestos. Nosotros creemos, à pesar de todo, que en la práctica no se sostendrá la enagenacion de los bienes adventicios raices hecha por el padre sin prévia autorizacion judicial; y en verdad que esto es lo mas seguro, digase lo que se quiera del amor y poder paternos. ||

3688 Los hijos de primer matrimonio tienen hipoteca tácita general en los bienes de la madre que repite matrimonio, por lo que recibió de su difunto marido y está obligada á reservarles (ley 26, tít. 13, Part. 5); y lo mismo habrá de decirse cuando lo repite el padre viudo, pues «en todos los casos que las mugeres, casando segunda vez, son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido, ó heredaron de los hijos del primer matrimonio, en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, es obligado à reservar la propiedad de ellos à los hijos del primer matrimonio. De manera que lo establecido acerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez, ha lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercero matrimonio.» (Ley 7, tít. 4, lib. 10, Novis. Recop) Por tanto los bienes del padre estan igualmente afectos é hipotecados á la seguridad de los que tienen obligacion de reservar; y por identidad de razon habrá de estenderse à todo lo demas que el padre y madre segunda vez casados están obligados à reservar, aunque no lo hayan habido respectivamente el uno del otro.

3689 Finalmente, por los gastos y suplementos hechos en la última enfermedad del difunto, en su entierro, moderado segun su calidad y haberes, en los derechos de su testamento, su publicacion y apertura, y en la formacion del inventario de los bienes que dejó, tiene tambien hipoteca tácita en estos el que hizo los tales gastos y devengó los derechos, porque todos se reputan funerarios.

3690 Pasemos á la hipoteca tácita especial ó singular, llamada asi porque ecsiste únicamente en alguna ó algunas cosas determinadas: ademas de las que habemos dicho corresponder al huérfano en la cosa comprada con dinero suyo, y al fisco en la cosa vendida ó permutada, por razon de la alcabala y demas derechos que se causan, se halla establecida en los casos siguientes.

3691 El que prestó dinero para fabricar, componer ó reparar casa ú otro edificio, ò para armar ó aderezar alguna nave, tiene hipoteca tácita en ellas; y el que le suplió para alimentar ó pagar el trabajo à los oficiales, sirvientes y marineros que trabajaron en la nave, la tiene igualmente en los fletes (ley 28, tít 13, Part. 5); como asimismo en el oficio el que prestó dinero para comprarla. (Segun la ley 28 no basta haber prestado; es ademas necesario que el dinero se

haya empleado en el objeto para que se prestó: puede tambien verse el art. 596 del Código del Comercio, particularmente el núm. 8.)

3692 Por el alquiler y arrendamiento de casa, tierra, viña, nave y otras cosas semejantes, y por el daño que el arrendatario les hubiere causado, tiene el que las dió en arriendo hipoteca tácita en los bienes que se hallan en la casa, y en los frutos de la tierra, viña ó heredad; y por los fletes de la nave en las mercaderías que conduce, bien sean del primer arrendatario los bienes, frutos y mercaderías, bien del segundo por haberse subarrendado las cosas espresadas, pues que la ley habla genérica é indistintamente, y asi no debemos distinguir. (Ley 5, tit. 8, Part. 5.)

|| La hipoteca tácita del número anterior comprende tambien las cosas introducidas por el arrendatario en el prédio rústico con sabiduría del señor ó del que le dió en arriendo. (Dicha ley 5.)

El derecho ó beneficio de hipoteca tàcita general, concedido à los huérfanos en los bienes de sus tutores ó curadores, aprovecha tambien à los furiosos, mentecatos, pródigos y generalmente á todos aquellos que por algun vicio de cuerpo ó de alma reciben curadores. En vano se dirá que no merecen ser favorecidos por las leyes los que por su desarreglo ó culpa han hecho necesario el ser regidos ó gobernados por otro, que es el caso de los pròdigos, pues que desde el momento en que comenzaron á desviarse de la frugalidad, puede decirse que mas que su culpa, es un ímpetu de furor el que los arrastra. Asi es que entre los romanos eran comparados á los furiosos, y la fórmula de interdiccion se concebia en este sentido: *quantum ad bona attinet, furiosum facere exitum*, se dice en una ley romana. La prodigalidad, asi como la ira, es una especie de furor, y asi no se niega el beneficio de tácita hipoteca á los furiosos; tampoco puede negarse á los pródigos socolor de su culpa, al menos en los principios de su prodigalidad, pues que son muchos los casos de haber caido tambien algunos en locura por culpa suya. ||

3693 Se duda si el huérfano goza de hipoteca tácita en los bienes del tutor por lo que este le debia antes de entrar en la tutela, ó bien lo debia à aquel á quien ha heredado el huérfano, ó por haber este admitido durante la tutela y con otorgamiento del tutor la herencia de un acreedor del mismo.

3694 Es incuestionable en derecho que así como el tutor debe ecsigir de otros los créditos del huérfano, debe tambien ecsigirlos de sí mismo, caso que sea deudor de dicho huérfano; en una palabra, que está obligado à hacer respecto de sí mismo en favor del huérfano lo que debe hacer respecto de otros, y de consiguiente será comprendido en la accion directa y juicio de tutela lo que no ecsigió de sí mismo debiendo ecsigirlo; asi como en la accion de negocios hechos hay responsabilidad cuando el que se metió en ellos no ecsige de sí mismo lo que debia á aquel en cuyos negocios se mezcló.

3695 Esto sentado, solo debe atenderse á si la deuda del tutor es tal que puede ecsigirse durante la administracion de la tutela, ó á si la ecsaccion estaba en suspenso por alguna condicion y plazo ó dia. Porque si en todo el tiempo de la administracion no llegó el dia ó plazo, ó no ecsistió la condicion, asi como no podria el tutor ecsigir

de los otros deudores en iguales circunstancias, tampoco debia ecsigir de sí mismo, porque ecsigiria mas por razon del tiempo. Y como en este caso no hay negligencia en la ecsaccion ni tardanza en el pago, ni culpa alguna del tutor, es consiguiente que respecto de esta deuda no se entenderá la accion directa y juicio de tutela, ni el huérfano gozarà en cuanto á ella de la hipoteca tácita general.

3696 Pero si la deuda fué pura, ó al menos ecsistió la condicion, ó llegó el dia ó plazo de su paga durante la administracion, de modo que sea manifiesta la culpa y negligencia del tutor en no haber ecsigido, en tal caso, asi como lo no ecsigido de otros deudores por culpa ó negligencia es un cargo en el juicio de tutela porque no desempeñó bien y lealmente su oficio, lo será tambien la mora ó negligencia en no haber ecsigido de sí mismo, y á esto se sigue que el huérfano goce de hipoteca tácita respecto de este crédito, y lo que se dice del principal rige igualmente en las usuras ó intereses.

3697 Cuando una misma persona desempeñó varias tutelas que le fueron deferidas en diversos tiempos, y despues no alcanzan sus bienes para indemnizar á todos los huérfanos, la preferencia de estos habrá de regularse por la anterioridad del tiempo en cada tutela.

3698 La hipoteca tácita de los huérfanos no espira por haberse acabado la tutela ni por la rendicion de cuentas, sino por el pago ó restitucion del alcance que resulte contra el tutor ó curador, aun cuando el menor, ya mayor de edad, haya recibido ó ecsigido intereses del alcance, á menos que no aparezca su ànimo de haber querido novar la obligacion; y este derecho, como real, pasa à los herederos del huérfano, á pesar de que algunos autores de derecho romano quieren ponerlo en duda, sin reparar en que la muger trasmite tambien la suya, y que los mismos menores trasmiten el beneficio de restitucion por entero, que podria considerarse como personal.

3699 El fisco no goza de hipoteca tácita en los bienes de los delincuentes por razon de las multas y penas pecuniarias; pero de esto se tratará con mas estension en el título de los privilegios y preferencia de los acreedores hipotecarios.

3700 Ni debe gozarla cuando sucede en el derecho de otro, sino que debe usar en todo y por todo del que tenia aqùel à quien sucede, porque seria duro sobre manera que por la mudanza de acreedor se empeorara la suerte del deudor; sin embargo esta regla admite la escepcion del fuero, como que es enteramente personal. Los jurisconsultos romanos, cuando bajo los malos emperadores era siempre buena la causa del fisco, hicieron una distincion contraria á los principios generales de derecho, à saber: que el fisco en lo tocante al tiempo anterior à su sucesion se tuviera como particular, y usara del derecho de aquel à quien sucedia, y por lo respectivo al tiempo posterior gozara de sus privilegios, y por consiguiente del de tàcita hipoteca.

3701 La hipoteca legal concedida á los legatarios y fideicomisarios, se entiende de los bienes del difunto, no de los de su heredero, y no surte el efecto de que los legatarios sean preferidos á los acreedores del mismo difunto, porque es fuera de duda que no hay bienes ni herencia ni se deben pagar los legados sino despues de cubiertas las

deudas. Pero los legatarios á virtud de aquel derecho deben ser preferidos en los bienes del difunto á los acreedores particulares del heredero, cuyas deudas propias pueden ser tantas que no alcanzeu sus bienes con los del difunto á cubrirlas y al pago de los legados. Por lo tanto, así como deben ser postergados á todos los acreedores del difunto, deben por el contrario ser preferidos á todos los del heredero, cualquiera que sea su especie, y aunque tengan hipoteca general espresa ó tácita, pues que no debe llegar á ellos cosa alguna de los bienes del difunto mientras no estén satisfechos los legatarios y fideicomisarios.

Y puesto que no compete á los legatarios hipoteca tácita en los bienes propios del heredero, no parece dudoso que respecto de estos deban ser postergados á los acreedores particulares del heredero, si son hipotecarios ó quirografarios privilegiados, y que solo concurrirán en ellos con los quirografarios ó personales simples.

3702 En esta hipoteca habia de singular por derecho romano, que aunque la hipoteca en general es indivisible, de modo que siendo muchos los deudores ó herederos de un deudor, el que de ellos posea la cosa obligada puede ser reconvenido por el todo con la accion hipotecaria, sin embargo en este caso no podrá serlo por dicha accion sino en cuanto lo seria por la accion personal, es decir, en proporcion à su parte de herencia.

3703 Si el testador hizo mandas en diversos tiempos, no serán preferidos los legatarios en esta hipoteca por la antigüedad de la fecha de aquellas, porque el derecho al legado nace para todos desde el momento de la muerte del testador, y de consiguiente todos son iguales, porque en el mismo nace la hipoteca tácita.

3704 La misma igualdad hay cuando á algunos se les legó pura y á otros condicionalmente, aunque la condicion haya ecsistido mucho despues de haber muerto el testador; porque desde el momento que ecsiste se retrotrae al tiempo de la muerte de aquel, y se reputa el legado como si desde su principio hubiera sido puro. A la manera que si se constituye hipoteca en un contrato por una deuda condicional, dado que llegue á ecsistir la condicion, se entiende aquella constituida, no desde la ecsistencia ó cumplimiento de la condicion, sino desde la celebracion del contrato, y en tal caso el acreedor condicional serà preferido à los hipotecarios posteriores al contrato, aunque sean anteriores al cumplimiento de la condicion.

3705 Pero cesará esta hipoteca tácita siempre que el testador lo haya ordenado espresamente, porque es libre en disponerlo asi y en favorecer al legatario como mejor le parezca.

3706 Cuando no es el mismo heredero, sino un legatario el gravado por el testador con el legado ó fideicomiso, tendrá tambien el fideicomisario hipoteca tácita, pero no en todos los bienes de la herencia, sino en aquella ó aquellas cosas que por disposicion del testador ha entregado el heredero al legatario.

3707 Siendo muchos los herederos gravados con la manda, solo obrará la hipoteca en las cosas que cada uno de ellos percibió de la herencia por la parte que les cabia en el pago de la manda ó legado; y si uno sólo de ellos ha sido el gravado, la hipoteca se entenderá en

las cosas que él haya percibido, no en las percibidas por los otros coherederos que no fueron gravados.

3708 Todas estas doctrinas se fundan en que no puede ser reconvenido por accion personal para la prestacion del legado ó fideicomiso sino el que ha sido gravado por el testador, por la parte en que ha sido gravado, y en cuanto no cumplió su voluntad; asi es que la parte del coheredero insolvente no recae sobre los otros. Y siendo esto cierto, no lo es menos, como arriba queda indicado, que la accion verdadera y rigorosamente hipotecaria que compete por los legados, no se dá contra el heredero ó herederos sino en cuanto pueden ser compelidos á la prestacion del legado por la accion personal; ó lo que es lo mismo, la accion hipotecaria, contra su índole y naturaleza, viene á ser divisible en este solo caso escepcional.

Por tanto, en la hipótesis de los números anteriores, asi como no pudo competir accion personal contra los herederos que no fueron gravados, ó en cuanto no lo fueron ó cumplieron ya por su parte con la voluntad del testador en lo que lo fueron, como que nunca nació obligacion para con ellos ó la estinguieron con el pago; asi tampoco puede corresponder al legatario contra los mismos la accion hipotecaria, que en este caso marcha siempre de frente con la personal.

3709 Pero esta accion personal, que se dá contra el heredero, no quita que el legatario pueda todavía usar de la hipotecaria contra el mismo y contra cualquier otro tercer poseedor de los bienes de la herencia, porque segun la naturaleza ordinaria de la hipoteca, que en esta parte no ha sufrido alteracion, no pudieron pasar los tales bienes á poder del tercero sino con el gravámen indicado.

3710 Y como la accion hipotecaria en los casos de que vamos hablando, reemplaza á la personal, es consiguiente que el legatario consiga por aquella todo lo que conseguiria por esta, es decir, los frutos é intereses, cuando haya lugar á ellos.

3711 No es tan clara por derecho romano como por el nuestro la hipoteca tácita de los hijos en los bienes del padre por razon de los suyos adventicios; pero sí lo es respecto de los bienes sujetos á reservacion por haberlos recibido el cónyuge vinubo del premuerto ó de uno de los hijos del primer matrimonio. Pero en aquel derecho se reconocia una especie de hipoteca tàcita, que no vemos adoptada en el nuestro; à saber, la concedida en los bienes del viudo ó viuda que repetia matrimonio, para asegurar la restitucion de lo que se le dejaba con la condicion de permanecer en estado de viudez.

3712 El que prestó dinero para la reparacion de una casa tiene hipoteca tácita en la misma, no en los demas bienes del deudor; este privilegio ó beneficio ha sido concedido por favor ó consideracion al mejor aspecto público, de lo que tenemos otras varias pruebas en las leyes romanas y en las pàtrias.

3713 Nada importa que el dinero se haya dado al mismo dueño ó por mandato de este al que tomó la obra á destajo, ni que lo prestado sea dinero ó material que ha de entrar en la reparacion. Y como este es un beneficio ó privilegio real, concedido por consideracion á la cosa y no á la persona, pasará al cesionario juntamente con la accion que se le ceda. Algunos quieren que este beneficio se estienda à

los operarios por razon de sus jornales ó trabajo empleado en la reparacion, y aunque no hallamos disposicion espresa de derecho en apoyo de esta doctrina, la recomienda la equidad y la causa y objeto del mismo beneficio.

3714 Por supuesto es necesario que se haya empleado en la reparacion el dinero ó material destinado á este objeto; y aun asi pretenden algunos que se haya de distinguir entre impensas necesarias y las de mero gusto ú ornato, concediendo el privilegio de preferencia por las primeras, y no por las segundas; pero la ley no distingue, y ademas no estuvo en manos del prestamista el hacer unas mas bien que otras.

3715 Atendida la ley 28, tit. 13, Part. 5, tomada del derecho romano, este beneficio compete al que prestó para reparar la casa, no para edificarla de nuevo ó comprarla: pero segun el mencionado derecho, correspondia tambien cuando se levantaba de nuevo la casa por haberse quemado ó caido la antigua; y esto parece muy conforme á la consideracion inductiva de este privilegio, que fué la de mejorar ò que no se deformase el aspecto público: y por fin la ley 26 del mismo título 13 quita las dudas del derecho romano, concediendo hipoteca tácita al que prestó para hacer casa ú otro edificio.

3716 Síguese pues de lo espuesto que no gozan de hipoteca tàcita los que prestaron para la reparacion ó mejora de otras cosas, y que les será forzoso precaverse con la espresa ó convencional; mas parece que no debe negarse el derecho de retencion á los poseedores de bienes muebles ó inmuebles, y aun á los artesanos de muchas cosas muebles que repararon ó mejoraron con su gasto y trabajo, y todavía conservan en su poder, no solo contra los otros acreedores del dueño de las cosas mejoradas, sino contra el dueño mismo.

3717 La hipoteca tácita sobre los frutos del predio rústico para la seguridad de la renta ó precio del arriendo, comprende no solo los pendientes, sino tambien los separados del suelo que todavía están en mies; y el dueño podrá pedir al juez que impida al colono llevarlos al granero hasta haber pagado la renta.

3718 Por lo que hace á las cosas introducidas en el predio rústico, para que sobre ellas competa hipoteca tácita, basta segun la ley 5, tit. 8., Part. 5, que lo hayan sido con sabiduría del señor del prédio. La ley romana disponia lo mismo, y usaba de las palabras *voluntate, scientia dominorum*; sin embargo, los intérpretes entienden por ellas, no la simple sabiduría del dueño, sino una convencion espresa sujetándolas á hipoteca. La glosa 9 de Gregorio Lopez á la dicha ley 5 recae sobre la palabra *sabiduría*, y à pesar de esto no toca la cuestion sobre su sentido.

3719 La hipoteca sobre las cosas introducidas en la casa debe entenderse, segun los autores, de las que lo fueron para que permaneciesen perpétuamente en ella, es decir, por el tiempo del arriendo, y por lo tanto no quedarán obligadas las mercancías que se introduzcan, y si se vendieron, no competirá accion contra el que las compró; mas quedarán las que subrogaron y todavía ecsistan: es decir, que queda obligado el todo ó universalidad de las mercancías.

3720 Pero como hay prédios rústicos de suyo estériles ó que no

dan frutos, como son los establos, graneros y algunos otros edificios destinados á usos rurales, parece que las cosas introducidas en ellos deben regirse por el mismo derecho que las introducidas en los prédios urbanos, y que de consiguiente estarán sujetas á hipoteca tácita. (Véase número 813.)

3721 Por lo demas nada importa para quedar sujetas á la tácita hipoteca la naturaleza ó especie de las cosas introducidas, pues lo estarán todas sin distincion alguna, y aunque el arrendatario ó inquilino sean menores de edad; porque no debemos atribuir menor fuerza á la ley por cuya sola disposicion se establece la hipoteca tàcita, que al juez que puede mandar tomar en prenda las cosas de los menores, y aun autorizar la venta de sus bienes raices; y porque los mismos tutores y curadores pueden obligar las cosas muebles de los huérfanos, sobre todo siguiéndoseles utilidad, y en este caso la hay evidente, pues que la habitacion es reputada por parte de los alimentos y viene comprendida en ellos.

3722 Esta hipoteca no se estiende á las cosas agenas, à no ser que hayan sido introducidas consintiéndolo su dueño para que esten perpetuamente en la casa, ó use de ellas el inquilino, como sucede en las sillas, camas &c.; pues por esto mismo se presume que el dueño quiso sujetarlas á la hipoteca tàcita, al menos en defecto y subsidio de las del inquilino, y en otro caso no pareceria estar ageno de fraude el que sabiendo que el arrendatario introducia sus cosas, disimuló y no advirtió de ello al arrendador.

3723 Y la hipoteca no comienza hasta el momento mismo de la introduccion; por manera que si el colono hubiese convenido con el dueño de la finca en sujetar á hipoteca las cosas que introdujese, y antes de hacerlo, obligase alguna de ellas especialmente á otro, sería este preferido en la tal cosa al dueño de la finca, puesto que el colono, aun despues del pacto, quedó en libertad de introducir ó no aquella cosa, y era por lo tanto necesaria su voluntad posterior para que naciese el derecho de hipoteca.

3724 Dice Febrero que el dueño del predio tiene hipoteca no solo en las cosas introducidas por el primer arrendatario, sino tambien en las que introdujo el segundo, cuando medió subarriendo; pero esta asercion nos parece demasiado general y absoluta. Enhorabuena que las cosas introducidas por el subarrendatario queden tambien obligadas al dueño del predio para seguridad del precio del arriendo; pero únicamente lo quedarán hasta la cantidad ò precio del segundo arriendo, que es á la que se obligò el subarrendatario, y la hipoteca ó prenda, como accesorio, no puede estenderse á mas que su obligacion principal.

3725 Sin embargo, lo espuesto en el número anterior sobre lás cosas introducidas por el subarrendatario no debe entenderse con la misma limitacion en cuanto à los frutos del predio; antes bien el dueño de este gozarà en ellos de hipoteca tácita por todo el precio del primer arriendo, aunque sea mayor que el del segundo. Demos, por ejemplo, que el dueño dió su predio en arriendo por cien, y que el arrendatario lo subarrendò despues por ochenta: la hipoteca tàcita del dueño en los frutos del predio se estiende à los cien, y no se

limita á los ochenta, como se limita la que le compete en las cosas introducidas por el subarrendatario.

Asi lo persuade el argumento sacado del contrato de compra y venta; pues asi como puede el vendedor retener la cosa vendida hasta que se le pague todo el precio, aunque el primer comprador la haya vuelto à vender por menos, y el segundo le ofrezca à este menor precio, ó cuando uno de los varios herederos del comprador ofrece la parte del precio correspondiente á su cuota hereditaria para conseguir su parte respectiva en la cosa comprada; y como puede el mismo vendedor reclamar de cualquier poseedor la cosa vendida y entregada, si no le ha sido pagado su precio, ni la vendió al fiado; y esto porque despues de la venta, y aun de la entrega, en el caso propuesto continúa siendo todavía dueño de ella; asi debe parecer justo que el dueño del fundo insista sobre sus frutos hasta que se le pague integramente la renta ó precio en que le arrendó, aunque despues haya sido subarrendado en menor cantidad, ó queden varios herederos del primer arrendatario; pues que de otro modo perderia el derecho de retener los frutos, que le competia á virtud de la hipoteca tácita.

3726 Adquiere mas fuerza este argumento por la consideracion de que el dueño del predio arrendado continúa siéndolo de los frutos pendientes aun despues del arriendo, como que se reputan parte del mismo predio, y no se hacen del colono sino cuando y á causa de que por voluntad espresa, ó al menos tácita del dueño los separa del suelo y los percibe. Y como no pueda entenderse que intervino esta voluntad ó tàcito consentimiento en el caso de percibir los frutos el primer arrendatario, sino quedando siempre salvo al dueño el derecho de tácita hipoteca en los mismos, debe tambien durar igual derecho por toda la renta ó precio del primer arriendo, aunque los haya percibido otro que derive su derecho del arrendatario ó primer colono.

TITULO LIV.

De las solemnidades y toma de razon de las hipotecas.

3727 Será obligacion de los escribanos de ayuntamiento de las cabezas de partido tener, ya sea en un libro ó en muchos, registros separados de cada uno de los pueblos del distrito, con la inscripcion correspondiente, y de modo que con distincion y claridad se tome la razon respectiva al pueblo en que estuvieren situadas las hipotecas; distribuyendo los asientos por años, para que fácilmente pueda hallarse la noticia de las cargas; encuadernándolos y foliándolos en la misma forma que los escribanos lo practican con sus protocolos: y si las hipotecas estuvieren situadas en distintos pueblos, se anotará en cada una las que les correspondan. Y en ellos precisamente se tome la razon de todos los instrumentos de imposiciones, ventas y redenciones de censos ó tributos, ventas de bienes raices ó considerados por tales que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgo ú obra pia, y generalmente todos los que tengan especial y espresa hipoteca ó gravámen, con espresion de ellos ó su liberacion y redencion.

3728 Luego que el escribano originario remita algun instrumenmento que contenga hipoteca, le reconocerá, y tomará la razon el escribano de cabildo dentro de veinticuatro horas, para evitar molestias y dilaciones á los interesados; y si el instrumento fuere antiguo y anterior á la dicha ley 2, despachará la toma de razon dentro de tres dias de como lo presentare; y no cumpliéndolo en este término, le castigará el juez en la forma que previene la misma: bien entendido que la obligacion de registrar dentro del término debe ser en los instrumentos que se otorgaren sucesivamente al dia de la publicacion de esta pragmática en cada pueblo, de la cual se colocarán copias auténticas entre los papeles del archivo; pues por lo tocante á instrumentos anteriores á la publicacion de ella, cumplirán las partes con registrarlos antes que los hubieren de presentar en juicio para el efecto de perseguir las hipotecas y fincas gravadas; bien entendido que sin preceder la circunstancia del registro, ningun juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni harán fé para dicho efecto, aunque la hagan para otros fines diversos de la persecucion de las hipotecas ó verificacion del gravámen de las fincas, bajo las penas esplicadas.

3729 El instrumento que se ha de ecshibir en el oficio de hipotecas, ha de ser la primera copia que diere el escribano que la hubiere otorgado, que es el que se llama original; escepto cuando por pér-

dida ó estravío de algun instrumento antiguo se hubiere sacado otra copia con autoridad de juez competente, que en tal caso se tomará de ella la razon, espresándolo así.

3730 La toma de razon ha de estar reducida á referir la data ó fecha de instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligacion ò fundacion, diciendo si es imposicion, venta, fianza, vínculo ú otro gravámen de esta clase, y los bienes raices gravados ó hipotecados que contiene el instrumento, con espresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos en la misma forma que se esprese en el instrumento; y se previene que por bienes raices, ademas de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravàmen ó constituir hipotecas.

3731 Ejecutado el registro, pondrá el escribano de cabildo en el instrumento ecshibido la nota siguiente: «Tomada la razon en el oficio de hipotecas del pueblo tal, al folio tantos, en el dia de hoy;» y concluirá con la fecha; la firmarà y devolverá el instrumento á la parte, á fin de que si el interesado quisiere ecshibirla al escribano originario ante quien se otorgó, para que en el protocolo anote estar tomada la razon, lo pueda hacer; el cual esté obligado á advertirlo en dicho protocolo.

3732 Cuando se llevare á registrar instrumento de redencion de censo ó liberacion de la hipoteca ò fianza, si se hallare la obligacion ó imposicion en los registros del oficio de hipotecas, se buscará, glosará y pondrá la nota correspondiente à su márgen y continuacion, de estar redimida ó estinguida la carga; y si no se halla registrada la obligacion principal, ó aunque se halle, queriendo la parte, se tomarà la razon de la redencion ó liberacion en el libro de registro, en la misma forma que se debe hacer de la imposicion.

3733 Cuando al oficio de hipotecas se le pidiere alguna apuntacion estrajudicial de las cargas que constaren en sus registros, la podrá dar simplemente ó por certificacion autorizada, sin necesidad de que intervenga decreto judicial, por ahorrar costas.

3734 Para facilitar el hallazgo de las cargas y liberaciones, tendrá la escribanía de ayuntamiento un libro índice ó repertorio general, en el cual por las letras del abecedario se vayan asentando los nombres de los imponedores de las hipotecas, ó de los pagos, distritos ó parroquias en que estan situados, y á su continuacion el folio del registro donde haya instrumento respectivo á la hipoteca, persona, parroquia ó territorio de que se trate; de modo que por tres ò cuatro medios diferentes se pueda encontrar la noticia de la hipoteca que se busque: y para facilitar la formacion de este abecedario general, tomada que sea la razon, se anotará en el índice, en la letra á que corresponda, el nombre de la persona; y en la letra inicial correspondiente à la heredad, pago, distrito ó parroquia se hará igual reclamo.

3735 Los derechos de registro serán dos reales por cada escritura que no pase de doce hojas, y en pasando, al respecto de seis maravedís cada una, ademas del papel; y cuando se pidieren certificaciones de lo que conste en el oficio de hipotecas, se arreglará este à los reales aranceles, en cuanto tratan de las copias de instrumentos que

dan los escribanos de sus protocolos; los cuales derechos se deberán anotar en el instrumento ó certificacion que entregasen á la parte.

3736 Todos los escribanos de estos reinos serán obligados á hacer en los instrumentos, de que trata la dicha ley 2, la advertencia de que se ha de tomar la razon dentro del preciso término de seis dias, si el otorgamiento fuese en la capital, y dentro de un mes, si fuese en pueblo de partido, bajo las penas de ella, y la circunstancia de que por su omision se les haga tambien cargo y castigue en las residencias; y que asi se anote en los títulos que se les despacharen por el mi Consejo ó por la Cámara: y no cumpliendo con el registro y toma de razon, no hagan fé dichos instrumentos en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento cuyo registro se haya omitido: y que los jueces ó ministros que contravengan incurran en las penas de privacion de oficio y de daños, con el cuatro tanto que previene dicha ley 2.

3737 Como la conservacion de los documentos públicos importa tanto al Estado, todos los escribanos de los lugares del partido deben enviar al corregidor ó alcalde mayor de él una matrícula de los instrumentos de que consta el protocolo de aquel año, para que se guarde en la escribanía de ayuntamiento; y por este índice anual podrà reconocer el que regente dicha escribanía y el oficio de hipotecas, si ha habido omision en traer al registro algun instrumento.

3738 El escribano de cabildo, à cuyo cargo ha de correr el oficio de hipotecas, ha de ser nombrado por la justicia y regimiento de las cabezas de partido, precediendo las fianzas correspondientes de su cuenta y riesgo; y si hubiere dos escribanos de ayuntamiento, elegirá éste de ellos el que tuviere por mas à propósito.

3739 Los libros de registro se han de guardar precisamente en las casas capitulares; y en su defecto no solo seràn responsables los escribanos, sino tambien la justicia y regimiento, á quienes se les harà cargo en residencia.

3740 Las chancillerías y audiencias de estos reinos en sus respectivos territorios formarán, imprimirán y comunicarán listas de las cabezas de partido donde se han de establecer los oficios de hipotecas, para que conste claramente á los pueblos; y quedará al arbitrio de las mismas chancillerías y audiencias señalar algunas cabezas de jurisdiccion, aunque no sean de partido, si vieren que conviene para la mejor y mas fácil observancia, por la estension ó distancia de los partidos.

3741 A prevencion seràn jueces para castigar las contravenciones á la ley y à esta instruccion, la justicia ordinaria del pueblo, el corregidor ó alcalde mayor del partido y el juez en cuya audiencia se presente el instrumento.

2742 La citada ley y esta instruccion se deberán conservar en todas las escribanías públicas y de ayuntamiento, para que nadie alegue ignorancia de sus disposiciones; ni quedará arbitrio á ningun juez para alterarlas ó moderarlas; porque de tales disimulos resulta por consecuencia necesaria la infraccion ó desprecio de las leyes, por útiles y bien meditadas que sean.

3743 En los títulos que se despacharen por las secretarías de mi Consejo de la Cámara, se prevenga á los escribanos que han de estar obligados á advertir en los instrumentos y á las partes la obligacion de registrar en el oficio de hipotecas los instrumentos comprendidos en la ley 2 y esta mi declaracion; espresando al fin de ellos que no han de hacer fé contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley, con las declaraciones de esta instruccion; previniendo que esta ha de ser una cláusula general y precisa en los tales instrumentos, cuyo defecto vicie la sustancia del acto para el efecto de que dichas hipotecas se entiendan constituidas; ejecutándose lo mismo en los títulos y aprobaciones de escribanos que se despachan por las escribanías de Cámara del mi Consejo; poniendo igual prevencion en las comisiones que se libran, asi para la toma de residencias, como para la visita de escribanos, á fin de que se les haga à estos y á los jueces los cargos que por la inobservancia de esta pragmàtica hayan tenido unos y otros, y se les castigue como corresponda. (Ley 3, tít. 16, lib. 10, Novis. Recop.)

|| Segun el último artículo de esta ley, deben registrarse todos los instrumentos comprendidos en la ley 2 que le precede, y son todos los contratos de *censos*, *compras*, *ventas y otros semejantes*; pero la misma ley en su primer artículo no se espresa tan absoluta y rotundamente sobre este punto, pues solo habla de *ventas de censos ó tributos y de bienes raices ó considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga*, y generalmente todos los instrumentos que contengan especial y espresa hipoteca ò gravámen; por manera que faltando esta circunstancia, parece no estar sujetas al registro las ventas de bienes raices, y en efecto los males y pleitos que se quiso prevenir, mas que de ellas, nacen de la ocultacion de las hipotecas ó cargas, pues sobre la persona del verdadero dueño rara vez se padece error ni puede cometerse engaño.

El término para la toma de razon de los instrumentos anteriores á la publicacion de dicha ley 3, ha sido prorogado varias veces, como puede verse por sus notas, por las Reales órdenes de 31 de octubre de 1835, y las en ella citadas de 22 de enero de 1836 y 24 de octubre del mismo año, en la que se prorogó indefinidamente el tiempo, reservándose S. M. señalar mas adelante el dia en que hubiera de concluir esta facultad.

En otra Real órden de 12 de marzo de 1836 se declaró que los títulos de propiedad de los bienes y derechos aplicados ó que se aplicaren al pago de los acreedores del Estado cuyas escrituras sean anteriores á 1768, estan sujetos, como todos los otros, á la toma de razon.

Y en otra de 7 de octubre del mismo año de 1836 se mandó que los registros del oficio de hipotecas esten á cargo del escribano de número mas antiguo de la cabeza de partido, si el secretario de ayuntamiento no es escribano Real. ||

TITULO LV.

De la preferencia y privilegios de los acreedores hipotecarios.

3744 Espuestas ya las diversas especies de hipotecas, pasamos á esplicar cuáles acreedores, asi de hipoteca espresa como tàcita, serán preferidos en el pago, cuando concurran juntos reclamando contra los bienes del deudor comun. Esta materia, que abraza tantos derechos y pretensiones, se hace mas intrincada por haber pocas leyes para decidirlas, y nacer de aquí gran pugna y confusion entre los autores: asi para la mejor inteligencia espondremos algunas reglas ó consideraciones generales.

Aunque algunos acreedores hipotecarios son preferidos á causa de reputarse mejor en derecho su condicion por algun motivo de bien público, por equidad ó consideraciones religiosas, puede sentarse como regla general la siguiente.

SECCION I.

El que es primero en tiempo es mejor en derecho.

3745 Los acreedores hipotecarios, ora conste su hipoteca por instrumento público ó privado, ó por otro medio legal, deben ser graduados entre sí respectivamente segun su clase, y pagados de sus créditos por el órden de las fechas de sus contratos; pues el que es primero en tiempo, aunque no sea sino una hora, lo es tambien en derecho (ley 7, tit. 13, Part. 5.) Téngase presente lo espuesto en el título anterior sobre la hipoteca de bienes inmuebles.

3746 Otorgándose por uno mismo dos ó mas escrituras con hipoteca en un mismo dia, debe tener cuidado el escribano de ponerlas por el órden de su otorgamiento; y para evitar dudas convendrá que esprese la hora en cada una; si no lo hace, la primera en protocolo es preferida á la siguiente por presumirse otorgada antes. ¿Y se otorgan en un mismo dia ante diversos escribanos?

3747 Milita dicha regla general de prelacion, no solo por el débito principal, sino tambien por sus réditos ó pensiones, como accesorias, y por el interés; siendo iguales en tiempo, é ignorándose quien contrajo primero, se ha de proratear.

3748 Milita igualmente aun cuando entre todas las deudas hipotecarias concurran una pura posterior y otra condicional anterior, si la condicion es casual ó mista, pues por no estar en mano del acreedor

su cumplimiento, se considera el tiempo en que se hizo el contrato; pero si dependiese de su arbitrio, por ser *potestativa voluntaria*, no se ha de atender sino al dia en que se cumple.

3749 Tiene asimismo lugar en los siguientes casos.

1.º Cuando es anterior la deuda cuyo plazo no está cumplido, pues ha de ser preferida á las posteriores sin plazo ó con plazo ya vencido, por no deber considerarse para la prelacion el de la paga sino la fecha del contrato y obligacion de satisfacerla.

2.º Cuando con la hipoteca convencional ó legal concurren la pretoria ó la judicial, ha de preferirse la primera en tiempo. (Ley 13, tit. 13, Part. 5.)

3.º Cuando el primer acreedor es de hipoteca tácita, y el segundo de tàcita y espresa especial.

4.º Cuando el primero en tiempo tiene hipoteca general en los bienes del deudor, y el segundo especial en una cosa ó finca determinada, pues aquel será preferido á éste como anterior en tiempo, y aun cuando se haya hecho entrega de bienes al segundo, y no al anterior en tiempo (dicha ley 13): debiendo tenerse presente que, como se ha dicho en el número 3644, hipotecándose ò empeñándose el título de la cosa, se entiende empeñada esta y trasferido el derecho de prenda al acreedor, aunque no se esprese. (Ley 14, tit. 13, Part. 5.)

3750 De lo espuesto en los cinco números anteriores se deduce, generalmente hablando, que los acreedores hipotecarios iguales en el privilegio, ya sea su hipoteca especial ò general, tácita ó espresa, absoluta ó condicional (si la condicion es casual ó mista), convencional, pretoria ó judicial, con entrega de bienes ó sin ella, y ya concurran los de cada clase de hipoteca entre sí, ó de todas clases unos con otros, deben ser graduados y pagados por el órden de su antigüedad, y no solo en cuanto á su deuda principal, sino tambien en cuanto á sus pensiones, réditos ó intereses como accesorios á ella, guardándose únicamente para su prelacion la fecha de sus contratos: la cual procede, bien obligue el deudor espresamente sus bienes presentes y futuros, ó solamente sus bienes sin decir mas, pues esto no obstante se comprenderán en la obligacion general, asi los que tenga entonces, como los que adquiera despues; y si todos son iguales en tiempo y privilegio, se han de proratear sus créditos con tal que no se halle alguno en posesion de los bienes del deudor ó de parte de ellos, porque ha de ser preferido à los demas en los que la tenga.

SECCION II.

De las hipotecas privilegiadas, diezmos y gastos del funeral.

3751 Llámanse asi las que gozan del privilegio de prelacion prescindiendo de la prioridad de tiempo, pues asi como toda regla general tiene sus escepciones y limitaciones, asi tambien se esceptúan de la que vá por epígrafe de la seccion anterior varios casos en los que serán preferidos los acreedores posteriores.

3752 La iglesia, y en su nombre su párroco ó quien le representaba, debia ser preferida (cuando ecsistian los diezmos) á todos los-

acreedores, por privilegiados que fuesen, por la satisfaccion de los que se acostumbraban á pagar (ley 6, tit. 20, Part. 1); y si el dueño vendia los frutos antes de cogerlos, podia la iglesia demandar sus diezmos al comprador, porque aquellos pasaban á éste con el gravàmen de satisfacerlos, ó bien al mismo dueño, porque habia recibido el precio antes de diezmar, cometiendo engaño en ello; pero cobrándolos del uno, carecia de derecho para pedirlos al otro; bien que no teniendo el comprador de que pagar, podia repetir contra el vendedor sin estar obligado á darle lásto ó cederle sus acciones, porque pagaba por sí y no por aquel, y por el engaño de proceder á la venta de frutos antes de pagar los diezmos. (Ley final, tit. 20, Part. 1.)

3753 Lo mismo procede en el que prestó dinero para enterrar al deudo con ánimo de cobrarlo y no por piedad, aunque nadie le mande suplirlo, ó alguno se lo contradiga; pues por privilegiados y anteriores que sean en tiempo los demas acreedores, tengan hipoteca especial ó general en los bienes del deudor, será preferido á ellos, inclusas la dote y todas las otras deudas que contrajo en su vida, porque es interesada la utilidad pública en que se dé sepultura á los muertos. (Leyes 12, tit. 13, Part. 1; y 30, tit. 13, Part. 5.)

3754 De igual privilegio ó prelacion goza el que suplió los gastos de alimentos, médico, cirujano, botica y demas de su última enfermedad, asi como los derechos de su testamento, de su apertura ó publicacion é inventario de sus bienes, pues que todas estas espensas se reputan como parte del funeral: en el mismo caso se halla el que redimió à otro de cautiverio, por haber iguales consideraciones de religion y piedad que en los anteriores.

SECCION III.

De la hipoteca privilegiada del Fisco.

3755 La hipoteca de que goza el Fisco por la alcabala, tributos y demas derechos reales, es de tanta virtud y eficacia, que no solo le compete en los bienes del deudor, sino tambien en los que sus herederos tuvieron de él en vida por cualquier título, aun cuando renuncien su herencia.

3756 Ademas los terceros poseedores singulares de los bienes tributarios están obligados al pago del tributo, asi del tiempo de su posesion, como del anterior, aunque dichos poseedores sean eclesiásticos, y podrán ser demandados sobre ello ante el juez secular. (Ley 25, tit. 13, Part. 5.)

3757 En cuanto à estos derechos es preferido el fisco á los acreedores anteriores de hipoteca tácita, porque la obligacion de satisfacerlos está inherente y es inseparable de los mismos bienes; mas no á los que la tengan anterior espresa, bien sea especial ó general. Lo propio milita en la dote legítima y entregada, y por esto se dice que la muger y el fisco marchan á un mismo paso.

|| Las razones que da Febrero para apoyar la hipoteca privilegiada del fisco por la alcabala y tributos, prueban, al parecer, que debe ser preferido aun à los acreedores anteriores con hipoteca espresa;

porque la afeccion real de las fincas ú otras cosas á los tributos es tan antigua como ellas mismas por razon del dominio eminente que reside en los supremos poderes del Estado, y asi no puede haber hipoteca alguna espresa anterior á dicha afeccion. Las leyes 23 y 25 no estan tan claras como seria de desear; la 23, aunque habla de tributos, se limita á la hipoteca tácita en todos los bienes del deudor, pero nada dice de la cosa determinada y tributaria; la 33 habla en general de las deudas de la Càmara del rey, si bien es cierto que Gregorio Lopez comprende entre ellas los tributos: como quiera, parece chocante que no sea mas fuerte y privilegiada la hipoteca tàcita del fisco en la misma cosa tributaria, que en los demas bienes del deudor. ||

3758 En los bienes de los que contratan con el fisco, y en los de los administradores, cobradores y recaudadores de caudales públicos goza del propio privilegio en concurrencia de otro acreedor hipotecario sin mas prerogativa, como se hubiesen adquirido despues de celebrado el contrato ó de haber entrado en la administracion de la Hacienda pública, pues en los que adquirieron antes no es preferido á los acreedores de hipoteca espresa anterior, especial ó general, ni en los de sus mugeres; ni tampoco en los adquiridos despues del contrato fiscal al hipotecario, con privilegio de menor edad, tutela, dote y otro semejante, porque este acreedor tiene doble privilegio, el de hipoteca anterior en tiempo y el de la menor edad, y à cada uno incumbirá probar la prioridad ó posterioridad de adquisicion que alega como fundamento de su intencion. Y es de notar que por el arrendamiento de los predios fiscales ha de reconvenir el fisco à su arrendatario, despues á su fiador de indemnidad, y por último al deudor del arrendatario, no habiendo algun privilegio por el que pueda demandar antes á dicho deudor, en cuyo caso no es necesario observar este órden.

3759 En los bienes del *Primipilo* (que antiguamente era el que tenia á su cargo proveer de lo necesario al ejército y armada, como tambien las cosas destinadas para las principales y mayores urgencias del soberano en tiempo de guerra, y hoy corresponde en algun modo al tesorero y proveedor general del ejército, aunque hay mucha diferencia de uno á otro) compete al fisco el mismo privilegio, el cual se amplía contra los dotales y parafernales de su muger y los de sus hijos, pues todos quedan entera y absolutamente obligados. Tambien le compete contra los de sus deudores, de suerte que puede repetir contra ellos antes de hacer escusion en los del primipilo, y aun antes de cumplirse el plazo de sus pagas si son deudores para algun dia. Pero este tan ámplio y ecsuberante privilegio se limita á los hijos y muger de otro tesorero, à cuyo cargo està solamente la custodia del Real erario, pues contra estos no le compete en iguales términos. (Desde luego se echa de ver que la doctrina vertida aqui por Febrero ha sido tomada del derecho romano, asi como la mayor parte de lo que dice en la importante é intrincada materia de este título está copiado de los autores que la han tratado; algunos por identidad de razon estienden á los pagadores del ejército la doctrina sobre los primipilos ó proveedores.)

3760 En los demas contratos con el fisco, si concurre con un acreedor privado, y no hay duda en la anterioridad y posterioridad

de la hipoteca de ambos, se han de observar las reglas siguientes.

1.ª El fisco por razon de la que le compete en sus contratos, es preferido à los acreedores quirografarios ó meramente personales del deudor.

2.ª Si el fisco tiene hipoteca espresa, aunque sea posterior, es preferido á los anteriores de tàcita al modo que la dote. (Ley 33, tit. 13, Part. 5.) || Esta ley nada dice de hipoteca espresa á favor del fisco, antes por el contrario habla de la tácita que le compete igualmente que á la muger, y dispone que aquel y esta sean preferidos en el pago, à no ser que el acreedor anterior esté asegurado con hipoteca espresa, especial ó general. ||

3.ª Si el fisco concurre con otro acreedor anterior que tenga hipoteca espresa, especial ó general, pero no privilegiada, debe ser preferido el primero en tiempo; y si lo es dicho acreedor (¿cómo no lo ha de ser si acaba de decir que es anterior y lo pone por caso supuesto?) será su prelacion en los bienes que el deudor tenia antes de contratar con el fisco, pues en los adquiridos despues serà preferido este por privilegio especial á los anteriores, aunque la tengan general espresa; porque no se puede decir que los bienes están obligados antes que el deudor los adquiera, ni constituirse hipoteca en las cosas agenas; y como á un mismo tiempo quedan obligados al acreedor privado y al fisco, debe éste ser preferido como privilegiado ó de mejor condicion, no debiendo mirarse el órden ó tiempo de la convencion tácita ó espresa, sino el de la adquisicion: bien que cada uno debe probar como fundamento de su intencion la anterioridad ó posterioridad de la adquisicion, pues ningun privilegio tiene el fisco para eesimirse de esto. || Esta es la opinion general y adoptada en la práctica; pero la ley 33 arriba citada prefiere al acreedor privado con hipoteca espresa general, y no distingue entre bienes adquiridos antes ó despues de haber el deudor contratado con el fisco. ||

3761 Pero si á la anterioridad de tiempo que tenga el acreedor privado é hipotecario general, se agrega algun privilegio ó cualidad, como la menor edad, tutela, dote &c., será preferido al fisco por razon de la anterioridad unida à la del privilegio, no solo en los bienes adquiridos antes de contratar con él, sino tambien en los que adquirió despues. || Esto solo quiere decir que el privilegiado no usa del privilegio contra el igualmente privilegiado, ó que ambos estan entre sí en el caso del derecho comun, y de consiguiente obra de lleno entonces entre ellos la regla general: «el primero en tiempo es mejor en derecho.» ||

4.ª Por competir al fisco privilegio en la accion hipotecaria y juntamente en la personal, tiene mayor derecho que otros acreedores, y por él es preferido á los que solo tienen privilegio en la personal, ò son personales privilegiados, como los menores; por lo que, si estos concurren y no tienen hipoteca espresa, será preferido el fisco aunque sea posterior en tiempo, al modo que la dote, y lo mismo sucede en los demas privilegiados en la hipoteca. || Confesamos ingénuamente que no entendemos à Febrero; valia mas decir en pocas palabras que el fisco y la muger por su hipoteca tàcita gozan del privilegio de prelacion respecto de los acreedores anteriores que la tengan tambien tàci-

ta; que si los acreedores anteriores la tienen espresa general, serán preferidos al fisco en los bienes que tenia el deudor antes de obligarse al fisco, y éste lo será en los que el deudor adquiera despues. Lo demas que dice Febrero en el número último sobre anterioridad de tiempo unida á privilegio ó cualidad, no está á nuestro corto alcance, porque mezcla cosas enteramente inconexas en esta materia, como son la menor edad, tutela y dote. La hipoteca tácita por razon de la dote es privilegiada; de consiguiente, siendo anterior en tiempo, será preferida à la del fisco igualmente privilegiado; la tácita de los pupilos ò menores no goza de privilegio, y por lo tanto el fisco será preferido á ellos; y si Febrero quiere aludir al caso de tener los menores hipoteca espresa, general y anterior, no hay ley que los haga de mejor condicion que á cualquier otro acreedor que se halle en el mismo caso. Tendrán pues los menores á lo sumo preferencia sobre el fisco en los bienes que eran del deudor antes de contratar con aquel, como quiere Febrero que la tengan los demas acreedores anteriores con hipoteca general espresa; pero ya habemos observado que la ley 33, tít. 13, Part. 5, no distingue de bienes adquiridos antes ni despues del contrato celebrado con el fisco. ||

3762 Tambien es preferido el fisco á los acreedores anteriores de hipoteca espresa en los frutos de los bienes hipotecados antes que el deudor haya contratado con él, de cualquiera clase que sean, habiendo nacido los tales frutos despues del contrato, y estando las hipotecas en poder del deudor, no en el de otro á quien las hubiese enagenado, porque pasaron al dominio de éste, que no es deudor ni está obligado, y justificando como fundamento de su intencion su produccion posterior en poder del deudor; pues si no lo justifica no gozará de prelacion por carecer de privilegio espreso.

|| Suponemos que Febrero habla de acreedores anteriores con hipoteca espresa y general; de todos modos no deja de ser sutilísima la distincion entre la cosa y sus frutos, cuando estos, al menos estando pendientes, se reputan en derecho por parte de aquella.

Sobre si la muger gozará ó no por su dote de igual privilegio en los bienes adquiridos por su marido despues de su contrato dotal, y será ó no preferida à los acreedores hipotecarios anteriores, véanse los autores, puesto que estan discordes; pero la Iglesia y causa pia son preferidas.

Nosotros recordamos la mácsima trivial en derecho, que la muger y el fisco marchan á igual paso, y que en ningun caso puede ser el segundo de mejor condicion que la primera; ni hay ley civil que dé á la Iglesia ó causa pia semejante preferencia, y sí solo el concepto de menores. ||

3763 ☞ Como por delito que alguno comete y daño que causa á otro se originan dos acciones penales, la una tocante á la parte ofendida, y la otra á la sociedad; y el fisco adquiere derecho á la pena en que incurre el perpetrador, sea legal ó arbitraria en el juez, se duda cuándo la adquirirà, y cuàndo será ó no preferido á los acreedores del delincuente

3764 En órden al primer punto, debe decirse que antes de la condenacion ó sentencia ningun derecho ni hipoteca adquiere el fisco en los bienes de aquel; que despues de ella, si por el delito se le confiscan,

no adquiere hipoteca en ellos, porque se le trasfiere su dominio; si no se le confiscan, y solo se impone alguna pena pecuniaria, tampoco adquiere derecho ni hipoteca hasta que se dá la sentencia, porque antes de su pronunciamiento no puede llamarse acreedor, á causa de ignorarse si se le impondrá ò no; y que aun despues de la condenacion no adquiere ningun derecho ni hipoteca en perjuicio de otros acreedores, aunque sean simples quirografarios ò personales, y su deuda conste por mera confesion del deudor fiscal antes de la sentencia, porque trata de adquirir lucro, y los acreedores procuran evitar su daño, escepto que estos y el fisco lo sean por una misma causa ò título, oneroso ò lucrativo; pero respecto del delincuente y de otros que poseen sus bienes sin título, tiene desde el dia de la sentencia hipoteca tàcita en ellos, la cual no se amplía, cesante todo dolo, à los enagenados antes de la condenacion (leyes 4 y 5, tít. 41, lib. 12, Novis. Recop.) || Estas dos leyes nada dicen de lo que aquí dice Febrero, y toda esta doctrina sobre el derecho del fisco por razon de las multas y penas pecuniarias està tomada de las leyes romanas y de sus intérpretes. Por lo tanto advertimos que, en opinion de algunos, debe el fisco ser postergado aun à los acreedores personales para el cobro de las tales penas, y algo de esto parece que quiere dar à entender Febrero cuando dice que el fisco trata de captar lucro, y los acreedores personales solo aspiran à evitar su daño; pero esta opinion no es la general, y se concilían fàcilmente las leyes romanas en que parece fundarse. Como la confiscacion está hoy abolida, no hay motivo para ocuparnos de ella; sin embargo Febrero, que escribió en otros tiempos, debió advertir que algun derecho adquiriria el fisco, aun antes de la sentencia ó condenacion, en los bienes del acusado de traicion, cuando segun la ley 2, tít. 2, Part. 7, solo debian sacarse de estos la dote de la muger y las deudas contraidas «fasta el dia en que comenzó à andar en la traicion;» y lo mismo se dicen en la 2, tít. 4, Part. 5. ||

3765 Por lo que respecta al segundo punto, si el fisco concurre únicamente por el cobro de la pena y condenacion, sea legal ó arbitraria, impuesta al delincuente, le preferiràn sin distincion todos los acreedores de éste, séanlo por contrato celebrado antes de la imposicion, ó por el daño que les causó el que es condenado.

3766 Si concurren ambos con un mismo título, oneroso ó lucrativo, será preferido el fisco sin embargo de que el acreedor privado se halle en posesion de los bienes del deudor delincuente; por lo que si este perjudicó á alguno y al fisco en la cosa ó administracion fiscal, obtendrá la prelacion aunque el acreedor privado lo sea por depósito singular que no ecsiste; pues desde la comision del daño quedaron obligados á resarcirlo, y el fisco adquirió en ellos hipoteca que es preferida á la accion de depósito, y esta en el caso de no ecsistir la cosa depositada ó de ser irregular é impropio el depòsito cede à la hipotecaria, como que no pasa de la clase personal, segun se dirá mas adelante; lo cual no sucede siendo privados ambos acreedores y con un mismo título, porque entonces será preferido el que tenga la posesion de los bienes del deudor. (Ley 9, tit. 3, Part. 5.)

3767 Pero dudándose si el fisco y el acreedor privado concurren por una misma causa ó título, ò si las de ambas son onerosas ó lu-

crativas, será preferido el fisco y no habrá proratéo en cuanto al importe de la pena, pues en la cantidad consignada al acreedor por compensacion del daño ó interés obtendrá éste la preferencia. (Lib. 102 del Estilo, y nota 4.ª, tít. 14, lib. 4, Novis. Recop.)

3768 Aunque cuando el reo incurre *ipso jure* en la pena de confiscacion ordinaria y pérdida de todos sus bienes, adquiere inmediatamente el fisco su dominio; no se le trasfiere este cuando es estraordinaria la confiscacion, hasta que se publica la sentencia, y antes bien se circunscribe su adquisicion solamente à ciertos bienes que se espresan en la sentencia y proceso. (Ley 2, tít. 4, Part. 5.)

3769 Pero aun cuando la confiscacion sea ordinaria, no se estiende á todos los que posee el delincuente, sino que se limita á los que quedan líquidos despues de satisfechos los acreedores que tiene al tiempo de la perpetracion del delito, pues los restantes no son suyos: en cuya atencion y en la de que hace veces de heredero anómalo y sucesor estraño del delincuente, està obligado como tal á pagar sus deudas en cuanto lo permitan sus bienes, y si sobra algo, lo hace suyo. (Ley 10, tít. 2, Part. 3.)

3770 Si el fisco es acreedor del mismo delincuente por contrato, y tiene en su poder algunos años los bienes del mismo, que producen para reintegrarse y pagar á los demas, y luego se los devuelve, no puede repetir su crédito despues de la devolucion, porque con el producto debió hacerse pago; y esto se ejecutoriò por la Real Junta de Obras y Bosques contra el fisco en causa de confiscacion de los estados de un grande que al tiempo de ella era deudor suyo por contrato de venta de una porcion de tierras incorporadas en uno de sus estados, y no tenia satisfecho su total valor: porque ni las acciones se confunden, ni la una escluye á la otra, ni le quita la hipoteca y prelacion que por su naturaleza le compete, al modo que tampoco se confunde la del heredero, que es acreedor del deudor, lo que no sucede cuando en un acto ó persona concurren dos obligaciones ó cualidades diversas, como en el fiador que sucede al deudor, ó al contrario; pues no se confunden, sino que se estingue la accesoria y permanece la principal si es útil y eficaz, y no en otros términos.

|| Ya habemos dicho que abolida la confiscacion, como lo está hoy dia, parece no haber motivo para ocuparse de ella; pero como su abolicion data de pocos años, y puede haber delitos anteriores á los que todavía pueda aplicarse, no habemos podido prescindir de trasladar lo que sobre ella dice aqui Febrero. Cuando se incurra en la confiscacion *ipso jure*, cuando haya de preceder sentencia para ello, pende de la disposicion de la ley para cada caso ó delito: de la 2, tít. 4, Part. 5 parece inferirse que solo se incurre *ipso jure* en los casos de traicion y de heregía; la 2, tít. 2, Part. 7 confirma este concepto en cuanto á la traicion; pero la 2, tít. 16 de la misma Partida, lo modifica mucho en cuanto á los hereges, aun despues de dada sentencia contra ellos puede tambien verse la 3, tít. 20, Part. 7. ||

3771 Se prefiere igualmente el fisco á otros acreedores, aunque sean de contrato, por los gastos útiles y necesarios que hizo en la prision del reo, y en buscar y reparar sus bienes; pero como quiera que la hipoteca no se adquiere hasta despues de la sentencia, no será pre-

ferido á ellos en caso que sean anteriores à esta. || No alcanzamos en qué pueda fundarse esta opinion, pues el acreedor hipotecario, sea cual se quiera la fecha de su hipoteca, es siempre preferido al personal. ||

3772 No obstante que en la cosa dada ó vendida à dos sugetos en diversos tiempos es preferido el que tomó posesion de ella, aunque sea posterior (ley 50, tit. 5, Part. 5); si uno celebra contrato sin hipoteca con el fisco y con otro privado, será preferido el fisco, aunque se haya hecho posteriormente la entrega al otro, pues como aquel tiene á su favor el privilegio de hipoteca tácita en sus contratos, debe ser preferido al particular que carece de él, sin embargo de que se le haya entregado la cosa vendida despues de la celebracion del suyo.

3773 Vendiéndose al fiado un predio fiscal, no solo queda obligado tàcitamente el comprador à responder con él de la solucion de su precio, aunque no se esprese, sino tambien con los demas bienes suyos, escepto que la venta sea á pupilo ó á menor, pues entonces solo tiene hipoteca tácita en el predio vendido, y no en los demas bienes de éste.

SECCION IV.

De la hipoteca privilegiada de la dote.

3774 En el caso de concurrir solos el fisco y la muger por su dote, obtendrà la prelacion el que sea anterior en tiempo (ley 33, título 13, Part. 5); á menos que en algun caso particular les competa especial privilegio, pues entonces se dará al que le tenga. Fuera de este caso, ó faltando privilegio especial, si se dudase cual es primero en tiempo, será preferida la dote legítima, con tal que el fisco no se halle en posesion de los bienes del deudor, porque si lo está, él debe ser preferido.

3775 Tocante á los demas acreedores se han de suponer dos casos ó puntos.

1.º Cuando la dote ha sido verdadera y entregada al marido ante escribano y testigos sin fraude ni simulacion.

2.º Cuando fué únicamente confesada, y no consta su entrega ó fé de ella.

3776 En el primer caso la muger será preferida por su hipoteca tácita á todos los anteriores que la tengan y á los posteriores, aunque la suya sea general espresa, contándose el tiempo desde el dia en que se celebró el matrimonio y no antes, porque la dote se dá para ayudar à sostener sus cargas, y asi hasta que las haya tampoco hay dote, ni por consiguiente puede haber privilegio: lo cual procede aunque los bienes prometidos al marido en dote se le entreguen posteriormente, como por lo regular se hace cuando preceden capitulaciones à la boda, ó está pendiente la particion en que es interesada la novia; y del mismo privilegio gozarà aunque no conste la entrega ante escribano, si en juicio contradictorio con los demas acreedores justifica en forma legal por otro medio haberla llevado al matrimonio y entregádola á su marido. (Ley 33, tit. 13, Part. 5.)

|| Segun Febrero la muger es preferida à los acreedores posteriores con hipoteca espresa general; y ¿por qué no lo ha de ser aunque la tengan especial? Si las palabras *«aunque la suya sea general espresa»* hacen referencia á la muger, y creemos que no la hacen, no merecia esto la pena de mencionarse, porque en tal caso la espresa reforzará la tácita, á virtud de la que escluye á los hipotecarios anteriores que la tienen tambien tácita; y por una y otra escluirá á los posteriores de cualquiera especie que sean. ||

3777 Tambien será preferida á los acreedores posteriores que tengan hipoteca especial espresa sin calidad de prelacion. Pero es de advertir en primer lugar, que si la muger no espresa formalmente que lleva sus bienes al matrimonio por dote, aunque los entregue realmente á su marido, no obtendrà el privilegio de prelacion, por no ser dote: en segundo lugar, que en la promesa de contraer matrimonio, si es rica, se entiende prometer tácitamente sus bienes en dote à su futuro marido: asi le competerá el privilegio de prelacion, escepto que el marido tenga con que alimentarla, pues entonces no se presume si no se espresa: y en tercer lugar, que el privilegio de la dote verdadera no se estiende á la putativa.

3778 Pero no será preferida á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca espresa, especial ó general, en sus bienes (ley 33, tit. 13, Part. 5), segun queda ya dicho del fisco; por lo que teniéndolos hipotecados generalmente el marido á la responsabilidad de alguna administracion, casándose despues y obligándolos á la dote de su muger, si al tiempo de casarse no acredita estar solvente en la administracion, continúa con ella algunos años, sale alcanzado y faltan bienes para reintegrar el dote y el alcance, no obtendrá preferencia la muger, sino el dueño del alcance por su anterioridad en la hipoteca general ò especial; pues se mira al tiempo de la hipoteca, que es anterior al en que se descubre el alcance, porque se presume que cuando se casó ya era deudor: lo cual no sucederá si la muger acredita que entonces se hallaba solvente, porque aunque la obligacion á la administracion estaba otorgada antes, no eran responsables á ella sus bienes, puesto que nada debia, y asi no empezaron á serlo hasta despues de casado, en cuyo tiempo ya estaban afectos á la satisfaccion de la dote, y es lo mismo que si despues de otorgada esta se le hubiera encargado aquella. || La ley 33 citada no hace tales distinciones, y lo cierto en todos estos casos será que habia una hipoteca anterior espresa por las resultas de la administracion á favor del dueño de los bienes, y que la anterior espresa, segun aquella ley, debe ser preferida á la tácita de la muger y del fisco. ||

3779 Tampoco será preferida la muger por su dote legítima al acreedor posterior que prestó graciosamente dinero á su marido para emplearlo en alguna finca ó cosa determinada, construir ó reedificar alguna casa ú otro edificio, si la compró ò hizo con él, la hipotecò especialmente á su responsabilidad, y al tiempo del préstamo se pactò espresamente que le entregaba el dinero para ello; pues por la hipotecaria especial y espresa y por la razon del destino del dinero serà preferido el prestamista en la cosa comprada, porque cuando principiò esta á ser responsable por la dote, ya lo era al precio con que

se adquirió, por dimanar del acto la hipoteca, y no ser simple sino calificada.

3780 Pero cesa la prelacion del prestamista si faltò el pacto, aunque efectivamente se hiciese la compra con el mismo dinero, porque en este caso es mútuo simple sin privilegio ni motivo para tenerlo (leyes 26 y 34, tit. 13, Part. 5), por haber hecho el empleo de propia voluntad, y no obligado por el convenio con el prestamista. || Téngase presente que el mismo Febrero, apoyándose en la ley 26, tit. 13, Part. 5, ha dicho antes que el que prestò dinero para fabricar, componer ò reparar casa ú otro edificio, tiene hipoteca tácita en ella; de consiguiente lo que aqui dice sobre la necesidad de hipoteca especial debe entenderse del comprador, sea de finca rústica ò urbana, y sobre esto debió Febrero citar la ley 30 del mismo título que es concreta al caso. «Otrosí decimos que si un ome oviesse obligados todos sus bienes, tambien los que avía entonces cuando hizo la obligacion, como los que avría dende adelante, si despues desto tomasse maravedís prestados de otro ome para comprar alguna cosa, faciéndole pleito que aquella cosa que comprasse de los maravedís quel prestava, que le fincasse obligada por ellos fasta que los cobrasse. Entonce, mayor derecho avría el postrimero en la cosa assi comprada, que el primero á quien fuera fecho el pleito de la obligacion general sobre todas las cosas del comprador.» ||

3781 Si el dinero prestado fue para reparar nave, casa ú otro edificio, ó pagar su alquiler ò el del almacen en que está la cosa, ó conducirla de una parte á otra, ó para satisfacer su trabajo á los oficiales que se emplearon en ella, alimentar á los sirvientes ó al ganado, ó para otro beneficio de la misma cosa; y le prestó simplemente ó sin pacto ni convencion, serán preferidos al prestamista la dote y el fisco, escepto que sean posteriores en tiempo (leyes 28 y 29, tit. 13, Part. 5.) (En efecto, asi lo dispone la ley 29, pero en nuestro concepto contra toda equidad y conveniencia pública.)

SECCION V.

Sobre la dote confesada, y cuya entrega ó fé de ella no consta: sus efectos respecto del marido y sus herederos.

3782 Acerca de este punto, à saber, cuando la dote únicamente consta por confesion del marido hecha en contrato ó última voluntad, antes de casarse ó durante el matrimonio, estan discordes los autores por falta de decision legal; por lo tanto y para mayor claridad distinguiremos dos casos.

Primero: cuando la muger litiga sobre la restitucion de su dote con los herederos de su marido, ó los de ella contra éste, en cuyo caso, segun el parecer de un docto jurisconsulto, no son precisas pruebas rigorosas de haber sido entregadas, y bastan las leves.

Segundo: cuando en concurrencia de otros acreedores de su marido pretende ser preferida á estos, y entonces se hace indispensable que las pruebas sean llenas y concluyentes.

3783 En cuanto al caso de restitucion, que es el primero de los dos propuestos, la confesion del marido hecha en contrato antes de casarse le perjudica, debiendo culparse à sí mismo de haber dado ó confesado por recibido lo que no se le entregó, y perjudica tambien á sus herederos legítimos ó estraños, porque no gozan de mas privilegio que él; y como sus representantes y sucesores en sus acciones ó derechos activos y pasivos, deben estar y pasar por sus contratos.

3784 Pero asi el marido como sus herederos pueden oponer contra la muger la escepcion de dote no entregada, que les compete si aquel no la renunció; pues lo que constituye verdadera la dote, es su entrega y no la escritura: por tanto de nada aprovecharà à la muger en este caso la confesion del marido, y necesitará ademas probar la entrega.

3785 Para que sobre este particular pueda ser oido el marido contra los herederos de la muger, y los de él contra esta, deben oponer la escepcion dentro del año siguiente á la disolucion del matrimonio, si duró dos; si duró mas de dos años y menos de diez, deben oponerla dentro de tres meses, porque, pasados, no se les oirá, á menos que les competa el beneficio de la restitucion por entero, ó que tomen sobre sì el cargo de probar que no les fue entregada: de lo cual se infiere que si los herederos del marido restituyeren la dote á su viuda por error ó ignorancia del derecho que les competa, podrán dentro del término hábil para oponer la dicha escepcion usar de ella como por cosa pagada indebidamente; mas no si lo saben y sin embargo la entregan.

|| Toda esta doctrina sobre escepcion de dote no entregada y del año y tres meses concedidos respectivamente para oponerla, asi como la de que no pueda oponerse cuando el matrimonio duró diez años, es enteramente romana y no española. ||

3786 Si el marido renunció, como puede hacerlo, la escepcion de dinero no entregado, aunque sea en el mismo instrumento, no le sufragará á él ni á sus herederos la de no haberse dado la dote, porque respecto de ellos surte en dicho caso su confesion los mismos efectos que si la dote hubiera sido real y verdaderamente pagada.

3787 Lo mismo procede cuando el escribano da fé de haber visto entregar la dote, y que fue en ciertas monedas que individualiza; y por si en esta entrega, aunqne cierta, hubiere simulacion ó fraude (pues á veces suele prestar el dinero un tercero á la muger para que le manifieste ante los testigos y escribano, á fin de que este pueda dar fé de que ha parecido de presente, y luego que se retira y el acto se concluye, se devuelve el dinero al que le prestó), podrá todavía defenderse el marido con la escepcion de confesion simulada, para cuya justificacion bastan pruebas leves y conjeturas, porque la simulacion es de difícil probanza á causa de hacerse con mucha premeditacion y cautela.

|| Nuestras leyes no tratan de propósito sobre el vicio de simulacion; en el Código romano hay un título consagrado á este intento, cuyo epígrafe es «*plus valere quod agitur, quam quod simulate con-*

cipitur, vale mas lo que realmente se hace que lo que simuladamente se concibe, ò se aparenta hacer. Febrero trata de esta escepcion en el juicio ejecutivo, y dice: «aunque el perjudicado manifiesta su delito de haber tenido parte en la simulacion, puede alegarla, no para fundar su intencion, sino para coadyuvarla contra el còmplice ó partícipe, porque trata de evitar su daño, y el còmplice por el contrario aspira á lucrarse con detrimento de aquel. Lo mismo puede hacer su heredero, con tal que el contrato no sea en fraude del fisco ò de de otro tercero. Pero si el perjudicado confiesa que tuvo ánimo de quedar obligado, y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no se debe admitir la escepcion de simulacion.»

3788 Convenimos con Febrero en que la simulacion es de dificil, probanza; pero no en que basten pruebas leves y conjeturas, aunque casi siempre es preciso recurrir á las segundas. El que quiera instruirse á fondo sobre esto, puede ver el tomo veinte de las *causas célebres* recopiladas por un abogado del antiguo Parlamento francés, donde se ventila por un caso práctico si puede declararse nula en fuerza de presunciones una dote en dinero, estipulada en un contrato matrimonial, contada y entregada en presencia de testigos y escribano. En efecto fue declarada nula, pero el recopilador hace serias reflecsiones sobre los inconvenientes que pueden seguirse de destruir por simples presunciones la fé de instrumentos públicos, que son el medio mas fuerte y auténtico inventado por los hombres para asegurar las dotes; y únicamente justifica la sentencia por el derecho que reconoce en los tribunales supremos de sacrificar todo á la verdad.

3789 Prueba tambien contra el marido la confesion geminada ó duplicada, á menos que sus herederos quisieran tomar sobre sí el cargo de justificar que á pesar de ella no recibiò la dote; pero no podrán aquellos usar de la escepcion de dinero no entregado contra dicha confesion; bien que algunos afirman que sí, fundados en que la confesion no surte el efecto de que la dote meramente confesada se tenga por entregada. Mas de cualquiera suerte que sea, no goza de los privilegios dotales, porque no es propiamente dote. (Esta privacion de los privilegios dotales deberá entenderse respecto de terceros; ¿y qué diferencia hay entre escepcion de dote no recibida y dinero no recibido?)

3790 Haciendo el marido la confesion con juramento, no les servirá ni á él ni à sus herederos el alegar que no recibiò la dote, porque no goza de la escepcion del dinero no entregado; si bien no se le impide probar que no hubo tal entrega ni recibo. Pero ni á sus acreedores ni á otro tercero que no traiga causa del marido, dañará la tal confesion jurada de este, aunque la haga pròcsimo á la muerte en descargo de su conciencia. Y si se obligò con juramento no solo à restituir la dote, sino tambien á no oponer la referida escepcion, no será oido, porque el juramento debe observarse en este caso à causa de no ser contra las buenas costumbres, ni ceder en detrimento de tercero ni en dispendio de la salud eterna: (pero es contra la verdad, y favorece el vicio de simulacion que está reprobado por las leyes.)

3791 Precediendo al matrimonio promesa de la dote por escritura pública distinta de aquella en que el marido hace la confesion,

como por la brevedad del tiempo y celeridad de los actos se presume simulacion, y en un mismo instrumento nada es primero ni postrero, ni basta que el escribano testifique haber precedido la promesa, en este caso, haga la confesion de su recibo antes del matrimonio ó durante éste, prueba su entrega de tal suerte, que el marido, sus herederos y acreedores no solo no pueden oponer despues la escepcion de no habérseles entregado, ni se les debe admitir, aunque no esté pasado el tiempo prefinido por la ley para su admision, sino que la confesion se tiene por hecha, y la hipoteca por contraida desde el dia de la promesa en perjuicio de todos los acreedores que en el tiempo medio de esta y de su entrega contrajeron con el marido, una vez que se efectúo su matrimonio; si bien algunos lo limitan al dia de la celebracion de este. Pero no se escluye la prueba en contrario, porque no es presuncion de derecho y por derecho, sino una vehemente conjetura, y asi no dándose aquella prueba, debe tenerse por dote legítima y verdadera.

3792 Acerca de la confesion hecha en testamento ó en otra última voluntad, véase lo dicho en el número 3678.

3793 Si el marido, constante su matrimonio, hace en contrato la confesion de haber recibido la dote, se estimará por donacion entre marido y muger, necesitará tambien confirmarse por su muerte para que sea válida, y en perjuicio de sus herederos legítimos y estraños tendrá el mismo vigor que la hecha en última voluntad.

3794 Lo mismo procede aunque el marido lo haga con el título de remuneracion ó recompensa por la desigualdad que media entre los dos, como la de ser el marido anciano y plebeyo, y la muger noble y jòven &c.; si bien en este caso no podrá revocarla como en el del número anterior, pues que por el pacto oneroso se presume quiso obligar su patrimonio á la constitucion de la dote y á su devolucion.

3795 En ninguno de los en que, segun lo espuesto, perjudica al marido y á sus herederos la confesion de haber recibido la dote, se les priva de la accion para repetirla del prometedor, si con efecto no la entregó.

3796 Siempre que por error confiese el marido en el instrumento ó de otra suerte haber recibido por dote mayor cantidad que la que efectivamente recibió, aunque promete restituirla toda á su muger disuelto el matrimonio, ningun perjuicio le causarà á él ni á sus herederos la tal confesion; y asi, probado el error, podrá revocarla en cualquier tiempo, por no ser justo que su muger se lucre indebidamente en detrimento suyo y contra su voluntad.

3797 Aunque cada heredero del marido es responsable únicamente á los acreedores de este en proporcion à la parte que percibe de la herencia, puede repetir la viuda contra uno de los herederos *in solidum* ó por el todo de la dote, no como tal heredero, sino como poseedor de la finca ó fincas hipotecadas especialmente á la seguridad de la dote, porque el derecho de prenda ó hipoteca no sigue á la persona sino á la cosa: en cuya atencion, siendo muchos los herederos, si la hipoteca se halla en poder de uno de ellos, podrà el acreedor à su eleccion reconvenir á todos à prorata, ò bien *in solidum* al que posee la finca hipotecada.

3798 Ademas, aunque los bienes hipotecados esten divididos entre los herederos, podrà la viuda dirigir su accion *in solidum* contra el uno por toda su dote, porque el derecho de hipoteca es individuo, y asi no puede juzgarse dividido entre ellos. (Sobre el solo caso en que este derecho es divisible, véase número 3702.)

3799 A la madre que fue tutora de sus hijos y pretende la restitucion de su dote no se debe denegar ni retardar su entrega ó solucion, mientras no dé cuentas de la tutela, aunque haya alguna verosimilitud de que resultará alcanzada, ni por consiguiente ha de admitirse à sus hijos la escepcion de compensacion que la opongan, porque esta no tiene lugar en lo que no està líquido con lo que lo es: lo cual se entiende aunque haya renunciado el ausilio de las leyes que la protegen, porque se constituiria de peor condicion la dote que los créditos de otros acreedores, contra los cuales no se debe escepcionar, ni deferir á la retencion por el crédito no líquido.

3800 Y no obsta alegar que pudo haberse reintegrado, y se presume que lo estará; porque sin embargo de que un administrador puede hacerse pago por sí de los bienes de su deudor que administra, no se prueba por ello que la madre lo esté de su dote hasta que por la cuenta que presente se vea su alcance, y si las rentas de los bienes de sus hijos fueron tan cuantiosas que bastaron para cubrirse de ellas y alimentarlos, mayormente debiendo creerse que por su natural afecto hàcia ellos se condujo fielmente en la administracion de sus bienes.

SECCION VI.

Sobre el segundo caso propuesto al principio de la seccion anterior.

3801 Tocante á este segundo caso, es decir, á la pretension de preferencia ó prelacion en concurso de otros acreedores del marido, mediante á haber varias clases de acreedores con diversos privilegios, se van á sentar para la debida claridad varias conclusiones; repitiendo antes lo que ya tenemos dicho en otro lugar, que si la hipoteca que tiene por su dote la muger en los bienes de su marido es general, puede dirigir su accion contra los que mas bien le parezcan, poseyéndolos su marido ó sus herederos; y si es especial, debe intentarla contra los afectos especialmente, haciendo escusion en ellos antes de proceder contra los restantes, al modo que están obligados á hacerlo los demas acreedores, pues la ley no ha concedido en este punto ningun privilegio à la muger, y en ella milita la misma razon de equidad que en otros cualesquiera.

3802 Primera conclusion. Si la muger contiende con el fisco, que ha secuestrado y confiscado los bienes de su marido por algun delito ó motivo, sobre que se le prefiera en el pago de su dote confesada por éste, no debe ser oida mientras no acredite su verdadera entrega, á menos que haya precedido promesa dotal á su confesion.

3803 Segunda conclusion. En todos los casos en que la muger prueba la verdadera entrega de la dote sin la mas leve sospecha de fraude, sea mientras està casada, ó despues que enviudò, perjudica la confesion de su marido á los acreedores; por lo que en concurrencia de éstos debe

obtener, generalmente hablando, la preferencia en el pago. (En este caso lo que perjudicará à los acreedores será la prueba de la entrega, no la confesion.)

3804 Tercera conclusion. Si el marido confiesa en contrato la recepcion de la dote antes de casarse, perjudica tambien á los demas acreedores suyos; porque como regularmente no se efectúan los matrimonios sin dote, escepto que los constituyentes sean pobres, es verosímil que se haya entregado segun espresa el marido, y asi carece de la sospecha de fraude, especialmente si contiene renuncia de la escepcion de dinero no entregado, mientras no se pruebe lo contrario.

3805 Cuarta conclusion. Si á la confesion de haber recibido la dote precedió promesa por escritura pública distinta de aquella en que el marido confiesa su recibo, prueba su entrega, ora haga éste la confesion antes de casarse, ó estando casado; y perjudica no solo á sus herederos, sino tambien á sus acreedores, segun se ha dicho.

3806 Quinta conclusion. Habiendo hecho el marido la confesion de la dote, constante su matrimonio, sin haber precedido promesa dotal, y siendo los acreedores simples quirografarios, los escluirá la muger, aunque tengan la prioridad de tiempo, porque en igual caso es mejor la condicion de la dote á causa de que le compete el privilegio de la prelacion.

Pero si los acreedores anteriores fundan su intencion en la confesion, por ejemplo, de depósito, venta ú otra cosa, fuera de mútuo, no hecha constante el matrimonio, serán preferidos á la muger, porque en este caso es igual su condicion á la de la dote, mediante no poder oponérsele la escepcion de dinero no contado; y por la regla general de que el que es primero en tiempo lo es tambien en derecho, deberán ser graduados antes que la dote confesada; pues en estos casos el derecho comun y general es mas poderoso que el especial, y por lo mismo si la confesion dotal que precede al matrimonio es anterior à la de los créditos referidos, será preferida la dote; mas no, habiéndose hecho despues de casada, porque en este caso se presume que el marido la hizo con ánimo de beneficiar á su muger, y perjudicar á sus acreedores quirografarios anteriores.

3807 Sesta conclusion. A los acreedores hipotecarios anteriores no daña la confesion hecha por el marido constante el matrimonio, de haber recibido la dote que no fué prometida, porque tiene aquel contra sí la presuncion de haberla hecho para defraudarlos; y siendo posteriores, les compete de dote no entregada dentro de los tiempos prefinidos para oponerla, á fin de que su viuda obtenga la prelacion.

Hay sin embargo dos opiniones sobre si el trascurso ó lapso de los dichos términos les perjudicará ó no, al modo que á los herederos; y para no dar lugar à la objecion de morosidad que se quiera hacer à los acreedores que contrajeron con el marido antes de espirar el de poner la escepcion de dote no entregada (pues à los posteriores no aprovecha, porque ya adquirió derecho perfecto la muger), y la de si sabian ó no que la dote era confesada, conviene que pidan restitucion del lapso del tiempo por la cláusula general, *si pareciese haber alguna justa causa*; con cuya concesion será inútil la objecion: lo cual se entiende aunque el marido haya renunciado la escepcion del dinero no entregado,

porque no pende de su arbitrio, ni tiene facultad para causar perjuicio á sus acreedores y privarlos de su derecho.

3808 Sétima conclusion. Cuando por la calidad de los cónyuges y otras circunstancias es verosímil la confesion del marido, prueba concluyentemente la entrega de la dote á efecto de repetirla en perjuicio de sus acreedores, á quienes no compete en este caso la escepcion de dinero no entregado.

Son conjeturas á favor de la confesion de la dote la promesa que precedió á ella; la prueba de la solucion de algunas partidas espresadas en la misma confesion, aunque no se diga que se hizo por causa de la dote, pues debe presumirse toda vez que no se especifica otra; el constar haberse pagado parte de la dote confesada, pues se presume igualmente que lo está en el todo; el ser la dote correspondiente à las personas, caudal &c., y otras que traen los autores.

3809 Octava conclusion. Hallándose en la herencia del marido algunos bienes raices dotales, no pueden los acreedores impugnar la confesion en cuanto á ellos aun cuando en esta se hallen apreciados; porque no obstante su aprecio, tiene lugar la presuncion de verdadera entrega, á causa de que en los inmuebles no es tan fácil cometer fraude como en los muebles, por lo que su viuda gozará de todos los privilegios dotales acerca de su restitucion contra los acreedores de su difunto marido.

3810 Novena conclusion. Cuando el marido hace la confesion, constante el matrimonio, con ánimo de donar á su muger lo contenido en el instrumento, sea graciosamente, sea por remunerar la disparidad que media entre los dos, aunque en estos casos perjudica á sus herederos, caso de confirmarse la donacion con su muerte (segun se espuso en la seccion anterior), no así á sus acreedores; porque como aquella no recibe vida ó vigor hasta que fallece el marido, estaban ya obligados sus bienes á los acreedores antes que se constituyese irrevocable, y viene á ser lo mismo que si la hubiera hecho por última voluntad ó disposicion.

3811 Décima conclusion. La confesion que hace el marido de haber recibido la dote á favor del padre ó pariente de su muger tampoco daña á los acreedores, á menos que por conjeturas pueda reputarse verdadera; pero si la hizo á favor de un estraño que la habia prometido, les perjudicará, porque en este caso no hay para sospechar fraude el motivo que en el anterior.

3812 Undécima conclusion. Si el marido tenia compañía con algunos, y habiendo él fallecido, intenta su viuda repetir de los sócios su dote que el difunto confesó haber recibido durante la sociedad, no les perjudicará la tal confesion; pero si se tratase de colocar y señalar dote á una hija del difunto, estarian obligados los sócios á dotarla del fondo comun de la sociedad.

3813 Habiendo vivido la muger con su marido en compañía de su suegro, se duda cuando podrá usar de su accion para la restitucion de su dote contra los bienes de uno de los dos ó contra los de ambos, y para la mayor inteligencia se distinguen ocho casos.

1.º Cuando el marido recibió la dote por mandato y con voluntad espresa de su padre; y entonces los bienes de este son responsables á su restitucion; lo cual no podrá decirse cuando el padre no se mezcló

en la recepcion de la dote, aunque hubiese consentido en el matrimonio.

2.º Cuando el padre no solo asistió al matrimonio, sino tambien á que su hijo recibiese la dote; y en este caso es fuera de duda que sus bienes quedan obligados á su nuera por la restitucion de aquella, porque se presume que la dote llegó á manos del padre, y este la administró, escepto que por su enfermedad, vejez ú otro motivo semejante estuviese imposibilitado de administrarla, y cuidase de todos los bienes su hijo.

3.º Cuando el padre y su hijo recibieron la dote obligàndose á su devolucion, en cuyo caso ambos deberàn responder à prorata de lo que cada uno percibió.

4.º Cuando sin embargo de no haber precedido mandato ni consentimiento del padre para que su hijo recibiese la dote, se prueba que se convirtió en utilidad del mismo padre, pues entonces debe la muger repetir contra este y no contra los bienes de su marido.

5.º Cuando la dote se entregó al padre estando presente el hijo; en cuyo caso debe repetirse contra aquel, porque la presencia de este no induce consentimiento en lo perjudicial, escepto que hubiese heredado à su padre, ó que se obligase á responder de ella á su muger antes de contraer con los acreedores.

6.º Cuando el suegro recibió la dote en nombre de su hijo; y entonces no podrá reconvenirle su nuera, especialmente si protestó que no queria quedar obligado; por lo tanto deberà aquella dirigir su accion contra su marido: mas si el padre la recibió en su propio nombre y en el de su hijo, ambos responderàn por mitad.

7.º Cuando el padre despues de haber recibido la dote, la entregó á su hijo al separarse de su compañía é irse á vivir con su muger; en cuyo caso, aunque parece que por la entrega solo queda obligado el hijo, lo quedará tambien el padre, á menos de constar que la nuera se conformó con que se le entregase à su marido, y diese por libre de su responsabilidad al suegro; porque como este por el recibo se constituyó deudor de ella, no le puede dañar lo que sin su espresa anuencia practicaron padre é hijo.

8.º y último. Cuando la dote no consiste en dinero, sino en bienes raices ó muebles que ecsisten al disolverse el matrimonio; y entonces, ora se haya entregado al padre, ora á su hijo, pueden la muger y nuera respectiva ecsigirla de cualquiera de los dos á su arbitrio; pues contra el suegro que se condujo dolosamente en la dote de su nuera, compete á esta derecho para pedir *in solidum* su restitucion.

3814 Sobre cuándo podrá ò no la viuda reivindicar de los terceros poseedores las fincas dotales que su marido enagenó, se debe distinguir.

3815 Si se entregaron à este sin apreciarse, es constante que puede reivindicarlas de los terceros poseedores, como tambien los bienes muebles no estimados (siempre que ecsistan), porque el dominio permanece en ella; bien que la viuda, si quiere, puede repetir el precio de la venta de sus bienes raices de los herederos de su marido, y no meterse con el comprador ó tercer poseedor, porque el precio sucede aquí en el lugar de la cosa. Mas por lo tocante á los muebles debe hacer escusion en los bienes de su marido antes de reconvenir á los terceros po-

seedores; pues contra estos se le concede subsidiariamente la accion, y no la eleccion como respecto de los inmuebles.

3816 Si la dote fue estimada con estimacion que causó venta, como su dominio se trasladó al marido, habiéndose obligado solamente á la restitucion del precio, no podrá la viuda revocar la enagenacion, pues que ha sido hecha legítimamente; á no ser que al tiempo de constituirse la dote se pactase que el marido habia de restituir los bienes, en cuyo caso, así como este debe hacer la restitucion, sin que pueda ecsimirse de ella por ofrecer su valor, así tambien su viuda podrá perseguir directamente los bienes, téngalos el marido ú otro cualquiera; y lo mismo podrà hacer cuando la estimacion no causó venta entre ella y su marido.

3817 Y si al tiempo de la disolucion del matrimonio no hubiese bienes del marido con que reintegrar á la muger de su dote, le compete la accion de reivindicacion útil y subsidiaria para recuperar las cosas dotales que ecsistan, aunque hubiesen sido estimadas, y las tenga un tercero por contrato oneroso ó lucrativo.

3818 Mas para que sea oida en este caso, debe repetir primero contra los herederos de su marido, y hacer escusion en los bienes de éste, porque esta accion no es hipotecaria sino meramente subsidiaria, introducida por especial favor de la dote para que la muger no quede indotada; bien que en dicho caso el tercer poseedor de las cosas dotales puede á su eleccion devolver estas ó entregar su estimacion como podia hacerlo el marido, de quien deriva su derecho.

3819 Si en el contrato dotal se concediese al marido la eleccion de volver los bienes dotales ó su estimacion, volverá lo que mas le acomode, y con ello deberà contentarse su muger: debiendo advertirse que la solemnidad que se requiere en la enagenacion de los bienes de un menor para ser válida, es tambien precisa en la entrega que se hace al marido de los dotales estimados para que cause venta su estimacion; y de consiguiente, siendo raices, debe intervenir no solo la autoridad de su acreedor, sino tambien decreto del juez.

3820 Pero si la muger interviniese y consintiese en la enagenacion de sus fincas dotales estimadas que haga su marido, no podrá reivindicarlas de los terceros poseedores, escepto que aquel no tenga caudal con que reintegrarle de su valor; ni tampoco podrá cuando ella misma consintió en que el marido las enagenase como suyas, aunque éste nada tenga con que reintegrarla, porque en pena del dolo que cometió coadyuvando á enagenar al comprador, ninguna accion reivindicatoria le compete, ni puede usar del ausilio legal.

|| Rarísimo será el caso entre nosotros en que pueda tener aplicacion la doctrina sobre dote estimada, de modo que cause venta, respecto de los bienes raices. Cierto es que suelen estimarse; pero es tan solo para saber el importe de la dote, y poderse fijar las mejoras ò desmejoras de la finca por hecho ú obra del marido. Por lo tanto, si á pesar de la estimacion se pactò que hubieran de volverse las mismas fincas, ò que la muger fuera libre en reclamarlas ò bien su precio, segun mas quisiese, es claro que la estimacion no hace venta; y generalmente debe decirse que no la hace siempre que evidentemente no aparezca el ánimo ó intencion de que la hiciera.

El derecho de la muger en ambos casos es bien sencillo; siendo las cosas dotales inestimadas ò estimadas, pero sin causar venta, puede vindicarlas de cualquier poseedor como señora de ellas; si la estimacion causò venta, no tiene accion sino para repetir del marido ò sus herederos el precio en que fueron estimadas; en caso de insolvencia de los mismos, le compete accion subsidiaria para vindicarlas de cualquier poseedor, y este será libre en devolver la cosa ò el valor de su primera estimacion.

Nos duele mucho el haber de repetir algunas de las cosas en las secciones 2, 5 y 6 del tit. 5 de la Part. 1.ª, y el embrollo y desòrden que con esta balumba de doctrinas, por su mayor parte meramente opinables, pone Febrero en una materia ya de suyo complicada, y que por lo mismo debia tratarse con mas precision y claridad; pero es imposible hacer otra cosa si la obra ha de conservar el nombre que lleva; harto habemos descartado suprimiendo la difusísima digresion sobre menores y sus privilegios, asi como los del fisco, que no tienen relacion alguna con esta materia. ||

3821 Asi como para poder repetir cualquier acreedor contra un tercer poseedor de los bienes enagenados por su deudor, debe hacer prévia escusion en los de éste, asi tambien la muger debe hacerla en los de su marido para demandar por su dote al poseedor de los que aquel tenía por suyos y enagenó en perjuicio de ella, por estar hipotecados generalmente á la seguridad de la dote, pues no está esceptuada ni goza de privilegio en este caso: lo cual tiene lugar aunque en la enagenacion haya obligado el marido á la restitucion de la dote las fincas que vendió y están poseidas por el tercero.

3822 Por lo espuesto en el número anterior se limita: 1.º Cuando por favor de la muger ó de otro acreedor se puso en la enagenacion la cláusula de constituto; porque el efecto de esta es hacer que el poseedor los tenga en nombre del acreedor, y asi no se le trasfiere su dominio: 2.º Cuando es notorio que el marido está insolvente, pues entonces seria enteramente inútil hacer la escusion

3823 Contra la muger no corre término ni prescripcion constante el matrimonio, aunque dure treinta, cuarenta ó mas años, para vindicar de los terceros poseedores las fincas enagenadas por su marido; porque mientras permanece casada, està impedida de usar de su derecho; mas si cuando su marido empieza á decaer de su fortuna, no trata ella de asegurar su dote, le perjudicarà la omision.

3824 Ademas, cuando la prescripcion principió antes de contraerse el matrimonio en el tercer poseedor de las cosas dotales, se completa durante el mismo, y perjudica á la muger, aunque el peligro de la prescripcion toca en este caso al marido, porque con su negligencia diò lugar á que se completára.

3825 Como en los bienes parafernales milita diversa razon, no tendrá lugar en ellos lo que se ha dicho de los dotales; y asi por no estar impedida la muger de usar de su derecho respecto de ellos, durante su matrimonio, es justo que sufra la prescripcion desde el dia en que su marido los enagenò; pues aunque para intentar recobrarlos necesita la licencia de éste, si no quiere dársela, puede acudir al juez de su domicilio para que se la conceda.

|| Creemos que hoy dia tampoco le perjudicará respecto de los parafernales por las razones que espusimos en el número 3680. ||

3826 Cuando la dote ofrecida al marido por el padre de la muger ú otro no le fué pagada enteramente, y el marido le ofreció por via de aumento ò en arras cierta cantidad, no tendrá aquella cuando enviude, generalmente hablando, derecho para ecsigir de los herederos de su marido el aumento ofrecido, sino á prorata ó en proporcion á lo que se entregò de la dote; pero podrá repetir del prometedor de esta lo que por su culpa ó negligencia en no haberla pagado enteramente deje de percibir.

3827 Si el marido le hizo simplemente la promesa, prescindiendo de que se le pague ó no la dote, y aunque no trajese ninguna, no deben sus herederos denegarle la solucion del aumento.

3828 Si le ofreció el aumento, no en atencion á la dote, sino à su virginidad, nobleza, juventud y hermosura, ó por otras causas remuneratorias que espresó, còmo regularmente suele hacerse, tiene la viuda derecho á él aunque no se haya pagado la dote.

3829 Cuando la falta de paga de la dote dependiò del marido por haber concedido término al prometedor y fallecido antes que este cumpliese con su entrega, tiene derecho su muger al aumento ofrecido; mas si sobreviviò al término concedido y practicò cuantas diligencias estuvieron de su parte para ecsigir la dote, no se le debe compeler á dicha satisfaccion. Si el matrimonio no se consumò por impotencia de la muger, no tiene derecho al aumento; y si fué por la del marido y no estaba pagada la dote, tampoco se le debe; pero si lo estaba, sí.

3830 En los casos en que, segun se ha dicho, surte la mera confesion del marido de haber recibido la dote el efecto de que se tenga por verdadera solucion, tendrá derecho la muger al aumento ofrecido, del mismo modo que si efectivamente constara su entrega.

3831 Por las cosas que el novio dà á su futura esposa antes de casarse, si ésta las incorpora en el contrato dotal, en cuyo caso como se confunden con los demas bienes suyos, se hacen dotales al modo que las que le dá otra cualquiera persona; goza del privilegio de prelacion desde el dia de su matrimonio por ser todas verdadera dote; y por aquello en que promete aumentar la dote de lo que, mientras esté casada, herede ò le donen solo por sus respetos, si el esposo se obliga en la escritura nupcial á tenerlo por dote, y luego constare su recibo durante su matrimonio, gozará tambien del mismo privilegio desde el dia en que entre en su poder, y no desde el tiempo de la dote principal.

3832 La razon de diferencia consiste en que ésta es dote verdadera y efectiva al tiempo de su constitucion, y aunque solo se prometa se sabe cuánta es, y el prometedor puede ser compelido à su entrega, por lo que desde el dia del casamiento debe gozar del privilegio de prelacion; mas la aumentada pende de la condicion de que haya herencia, donacion ó legado, y como hasta que llega este caso no consta el cuánto, ni si se verificarà ò no, ni de consiguiente puede ser apremiado ninguno à su entrega, no debe gozar de dicho privilegio, no obstante que la obligacion de responder de ello y tenerlo por aumento de dote se constituya en los pactos nupciales; porque aquella sigue la naturaleza del con-

trato en que se hace, y por ser condicional no debe empezar á tener vigor ni efecto hasta que la condicion se verifica.

3833 Y por la simple donacion por casamiento que antiguamente se hacia, en cuyo lugar se han subrogado hoy en España las arras que el esposo ofrece à la esposa por sus recomendables prendas, y por lo que el marido le ofrece por aumento de dote, aunque le compete hipoteca tàcita, no el privilegio de prelacion; porque en los dos casos anteriores trata de evitar el daño que se le causa en perder y no cobrar lo que es de su patrimonio, y en estos de adquirir el lucro que por la oferta pueda tener. (Ley 29, tít. 13, Part. 5, verb. *Fueras ende.*)

3834 Tampoco obtendrá el privilegio de prelacion por los alimentos que se le deban por retardacion de la entrega ó restitucion de su dote, ni por los bienes parafernales que su marido administró, ni por lo que se le debe por haberla desflorado (que llaman precio de sangre), y solo le competirá hipoteca tácita contra los del corruptor; y asi, concurriendo con otro acreedor de él ó de su marido que la tenga, será preferido el primero en tiempo.

3835 Mas por las usuras ó intereses de la dote prometida y no pagada le competirá la prelacion contra el prometedor, si se han pactado, porque son conecsos á ella, y se le deben por la naturaleza del contrato. Si no se han pactado, aunque discuerdan los autores, los mas siguen la afirmativa fundados en que la dote y sus usuras tienen tal conecsion entre sí que constituyen un débito, y en que éstas aumentan la suerte principal, que es la misma dote.

3836 Dúdase si ocultando la muger algunos bienes de su dote ó de su marido concursante, ó que va empobreciendo, y pretendiendo que de los manifestados se le haga pago de ella con preferencia à los demas acreedores, perderà el privilegio de prelacion que el derecho la concede, y podrà ó no ser encarcelada.

3837 Cuando la muger no se obligó en los contratos de su marido, parece que debe ser presa y perder el privilegio.

Lo primero, porque està obligada á manifestar los bienes de su marido difunto, y si oculta algunos de la herencia, comete delito por el que se la puede encarcelar hasta que ecshiba los que se pruebe haber sustraido, á fin de que se valúen y apliquen en parte de pago de su dote, ó para los demas acreedores; como tambien castigar con pena estraordinaria á arbitrio del juez, atendidas su calidad y la de la causa, pues el noble pierde igualmente el privilegio y puede ser preso.

Y lo segundo, porque el hijo que oculta dolosamente algo de la herencia; pierde el beneficio de su repudiacion, y se estima haberla aceptado; y el concursante que oculta los que tiene pierde el de la cesion. (Ley 4, tít. 15, Part. 5.)

3838 Mas sin embargo de estas razones debe decirse lo contrario, y así será preferida la muger á los demas acreedores por el resíduo de su dote que no haya sustraido ni tomado: ya porque de que la muger cometa delito que es puramente personal y se le castigue por él, no se deduce que debe perder el privilegio de prelacion, que es real, y está concedido á la dote por el bien público, ni influye nada en esto; y ya porque aunque el hijo se haga indigno del ausilio de la repudiacion, no se priva á aquel de la herencia (ley 9, tít. 6, Part. 6; y ley 6 del mismo

tít. y Part.); ni el que el noble pierda el privilegio de no poder ser preso, es adaptable al presente caso, porque es deudor y no se le puede castigar con otra pena; pero la muger nada debe á los acreedores de su marido, ni sus bienes dotales estan obligados á ellos, por lo que ninguna otra pena merece que la personal, hasta que manifieste los bienes sustraidos, ni las leyes se la imponen ni privan del privilegio de prelacion. Asi lo decidió en el año de 1780 la Real Junta de Comercio en el pleito que siguió doña Catalina Javiera de Aguilar, viuda de D. Blas Caballero, con los acreedores de la compañía de la Zarza y el señor fiscal sobre preferencia de su dote; y Bolero espresa haberlo determinado tambien el Supremo Consejo de Castilla, juntas dos salas. Pero si la muger estuviere obligada en el contrato, deberá estar presa hasta que pague, y no gozará del privilegio de no poder serlo por deuda civil.

|| Ya no es privilegio en el noble el no poder ser preso por deuda civil, puesto que segun la prerogativa de 27 de mayo de 1786 tampoco pueden serlo cuantos profesan algun arte ú oficio. (*Febrero reformado.*) Nosotros creemos que esta distincion seria incompatible con las instituciones vigentes, y aun antes de ellas, tal vez á consecuencia de dicha pragmática, habia venido á ser derecho comun, al menos en la práctica, el no encarcelar à nadie por deudas puramente civiles. ||

3839 En concurrencia de dos dotes legítimas, verdaderas y entregadas debe ser preferida la primera como anterior en tiempo; pero no en los bienes dotales de la segunda que ecsistan y sean conocidos: pues aunque se hayan entregado apreciados al marido, como ambas dotes gozan de igual privilegio y son de una misma naturaleza, y los de la muger segunda no perdieron la suya de dotales por el aprecio ó valuacion, ni ésta aspira á adquirir de nuevo su dominio, sino á recuperarle, es preferida en ellos à la primera. (Ley 33, tít. 13, Part. 5, verb. *Pero si un home.*)

3840 Por los bienes estradotales de cualquier clase provenientes de la madre y entregados al padre compete á los hijos hipoteca tácita contra los de éste; mas no el privilegio de prelacion, por lo que no serán preferidos á la dote segunda. (Leyes 23, 24 y 33, tít, 13, Part. 5); y para que lo sean y no se les perjudique en el importe de dichos bienes, conviene que el padre antes que reciba la dote de la segunda muger y se case, formalice escritura de inventario con especificacion de ellos á presencia de escribano y testigos, obligándose con su persona y los suyos presentes y futuros á restituírselos, ò su valor, y darles cuenta con pago cuando salgan de su poder, é hipotecando especialmente à su seguridad bienes raices equivalentes y saneados De esta suerte se les preferirá á la dote segunda por la hipoteca general ò especial espresa, la cual es preferida siendo anterior, á la posterior con privilegio de prelacion. Lo mismo procede por la propia razon por la mitad de gananciales que le tocaron y el padre debe entregar á sus hijos, y por los bienes reservables.

SECCION VII.

De los otros acreedores privilegiados, fuera de la Iglesia, dote y fisco.

3841 Habemos asentado por regla general entre los acreedores hipotecarios, «el primero en tiempo es mejor en derecho»; y como escepcion ò limitacion de ella habemos puesto el caso en que concurren acreedores hipotecarios simples con otros hipotecarios privilegiados, pues que estos por razon de su privilegio son preferidos á aquellos á pesar de ser posteriores en tiempo. Entre los privilegiados habemos dado el primer lugar á la iglesia, dote y fisco: vamos á recorrer las demas escepciones de la misma especie ó *parecidas*.

Limítase pues la regla mencionada en los casos siguientes:

3842 1.º Cuando el acreedor posterior entrega algunos bienes suyos al deudor en comodato ó en otra cualquiera manera en que no se le trasfiere el señorío de ellos; pues como son suyos y no del deudor, le compete la accion de dominio para la reivindicacion, y asi será preferido á todos los demas anteriores por privilegiados que sean. (Leyes 3, tit. 27, Part. 3; y 11, al fin, tit. 14, Part. 5.)

|| En verdad que ni este caso, como fundado en el título de dominio, ni otros de los que à continuacion copiaremos del Febrero, se derivan en manera alguna de la hipoteca; pero como gozan de preferencia sobre ella, y como Febrero, guiado por esta sola consideracion de preferencia, los ha mezclado con otros en que por mediar verdadera hipoteca privilegiada se dà tambien aquella, nos habemos decidido á seguir paso á paso la graduacion que hace Febrero, reservándonos dar la debida claridad y órden á esta materia en el breve resúmen que de ella haremos. ||

3843 2.º Respecto de la cosa vendida y no pagada; pues si el vendedor no la fió, ni el comprador le dió prenda ni fiador, ni tomó plazo para satisfacerla, y solo por accidente se suspendió el pago, aunque el vendedor le haya dado la posesion, será este preferido en ella por el precio no satisfecho á todos los acreedores del comprador, á causa de que con el apoderamiento y entrega no se le trasfirió su dominio, por no haberla él pagado ni avenídose el vendedor á fiarle ó esperarle; pero si la dió fiada y entregó, no será preferido, porque en tal caso traspasó ya el dominio al comprador: lo cual se entiende aunque la cosa vendida sea de menor; pero no si fuere del fisco, porque este será preferido en todo caso mientras no sea pagado. (Ley 46, tit. 28, Part. 3.)

Para que el comprador no adquiera su dominio, aunque sea despues de la entrega ó posesion, convendrá prevenir en la venta: «Que hasta que pague el precio no se le ha de trasferir el de la cosa vendida, sino antes bien ser visto que la tiene en arrendamiento por tanto precio anual que ha de satisfacer, ó que es poseedor hipotecario de ella;» hipotecándola especialmente á su responsabilidad, pues no basta la obligacion general de sus bienes. De esta suerte, como el dominio queda en el vendedor, será preferido á todos los acreedores hipotecarios anteriores á él, aunque sean la do-

te y el fisco (ley 30, tit. 13, Part. 5); porque el dominio y posesion se pueden trasferir condicionalmente, y el pacto de que satisfaga entretanto cierto precio justo por via de arrendamiento, no es usurario, y asi puede ponerse en la venta sin que por ello incurran en pena los contrayentes ni el escribano.

En cuanto à la Iglesia, menores, fisco, república y corporaciones, como tienen la prelacion de dominio, aunque sea despues de la entrega ó posesion, porque no pueden vender al fiado; de ningun modo ni en caso alguno se trasfiere en el comprador hasta que les satisface el precio de la cosa que le vendieron. Pero siendo opinable esta prelacion, menos respecto del fisco, lo mas seguro es hacer la venta con el pacto espuesto en el número anterior, pues con esto cesarán dudas y disputas.

3844 3.º Cuando el acreedor prestó dineros gratuitamente al deudor para comprar alguna cosa, que efectivamente compró, y al tiempo del préstamo y en la escritura de éste se pactó espresamente que la misma cosa habia de quedar y quedaba hipotecada especialmente à la responsabilidad del dinero prestado; pues entonces será preferido igualmente en ella á los demas hipotecarios anteriores; y si no se hizo el pacto, tendrá solamente accion personal privilegiada. (Ley 30, tit. 13, Part. 5.) Lo propio milita en el que prestó dinero para comprar algun oficio, si se hizo el mismo pacto, porque hay la misma razon

3845 4.º Cuando prestó graciosamente al deudor alguna cantidad para reedificar nave, casa ú otro edificio, pagar el alquiler de aquella en que se halla la cosa hipotecada, trasportarla, ò para otro beneficio de los espresados en el número 3691; pues acreditando (porque no basta la mera confesion del deudor) haberla prestado para este efecto sin interés, empleádose en él, y ser necesario, y ecsistiendo la misma cosa beneficiada ó mejorada, será preferido en ella como refeccionario á los demas acreedores hipotecarios anteriores que no lo sean, escepto el fisco, dote y arras dadas á la muger por aumento de su dote (leyes 26, al fin, 28 y 29, tit. 13, Part. 5), como se espuso en el número citado.

Pero debe tenerse presente que si concurren varios refeccionarios de la misma finca ó cosa, pretendiendo cada uno prelacion en ella por su crédito, se han de graduar y pagar por el órden inverso ó contrario á los demas créditos; es decir, que el último que la benefició es el primero que debe ser pagado, porque la conservó, y asi retrocediendo á los anteriores por su òrden; pues en estas deudas privilegiadas no se considera el tiempo, sino el privilegio ó causa de la preferencia, y aqui la causa del privilegio ó preferencia es la conservacion, sin la cual no ecsistiria la finca, ó bien habria padecido ruina ó detrimento considerable.

3846 5.º Cuando entre los acreedores hay uno que dió en arriendo al deudor alguna finca; pues por lo que este se halle debiendo de su arriendo, será preferido aquel á los demas hipotecarios anteriores, si es heredad, en sus frutos á virtud de la hipoteca tácita; y si es casa, en los bienes ò cosas introducidas y que se encuentran en ella, en las cuales le compete la misma hipoteca, porque la ocuparon, devenga-

ron su alquiler, y allí se conservaron, como tambien porque la habitacion es parte de alimentos.

Mas la hipoteca y prelacion que se adquiere por la reconduccion tácita no obra sus efectos desde el dia del primer contrato ò arriendo, sino desde el de la reconduccion, en que interviene el consentimiento tácito de los contrayentes, y la perseverancia del contrato primero en la cosa arrendada, por lo que concurriendo el arrendatario con los acreedores que contrajeron con el arrendador despues del arriendo primero y antes del tácito, ha de ser pospuesto ó postergado à ellos por su reconduccion, á menos que la escritura de arriendo contenga la cláusula «de que por el año ó mas que el arrendatario permanezca en el arrendamiento, ha de pagar la propia cantidad y renta que por los pactados espresamente, y ha de poder ser ejecutado por la de cada uno en iguales términos sin ser necesario hacer prévia liquidacion ni otra diligencia, y entenderse comprendidos en el primer arrendamiento con la misma hipoteca, prelacion y seguridades, como si todo fuera especificado en él sin diferencia en cosa alguna»; pues conteniendo esta cláusula, no la habrà entre el arrendamiento y tácita reconduccion.

3847 6.º Cuando con los acreedores hipotecarios concurre el que ha dado finca en enfiteusis al deudor; pues como al tiempo de su constitucion se reservò su dominio directo, tendrá preferencia en ella á los demas por el capital, laudemio ó réditos. Lo propio milita en el que da alguna cosa á censo reservativo al quitar, porque en la práctica se estima tenerla; bien que Carleval es de contraria opinion por varias razones que espone.

Cuando el censuario de censo vitalicio personal forma concurso de acreedores, y el censualista ó alimentario ocurre á él pretendiendo su pension anual, puede el juez hacerle pago así de la vencida hasta entonces, como de las que corran en lo sucesivo, valiéndose de alguno de estos tres medios.

El primero es mandar se entreguen à otros acreedores de grado inferior bienes raices suficientes tasados, con la obligacion de pagar al censualista mientras viva los réditos anuales estipulados, y que despues queden libres del gravámen los bienes para los acreedores de mejor grado despues del censualista, por cuyo medio éstos solamente padecen el retraso en el pago de sus créditos, y no los pierden.

El segundo es, que precedida audiencia formal de los acreedores que comparecieron en el concurso, se pague al censualista lo que se estime por el valor del censo, atendiéndose el tiempo corrido desde su constitucion, el estado de su salud, y qué podrá vivir, lo cual se deja al prudente arbitrio del juez, quien si las partes se convinieren, y no de otra suerte, en el precio y estimacion cierta, debe aprobar su convenio.

Y el tercer medio, que nos parece mejor, es que se consigne al censualista cosa cierta fructífera tasada en lo justo por via de prenda y no en pago de su censo, para que durante su vida perciba sus frutos por réditos de éste, vuelva despues de ésta al caudal de concurso, y se aplique ella ó su valor al acreedor del mejor grado, siendo de advertir que respecto ser regular que al tiempo de la constitu-

cion del censo hubiese hipotecado especialmente el censuario bienes ó fincas determinadas cuyo producto líquido cubra la pension anual, y que con ellas se haya contentado el censualista, se le pueden consignar para el pago de ésta con obligacion de volver el sobrante, lo cual se entiende no hallándose en peor estado que cuando se hipotecaron.

3848 7.º Cuando el deudor huye con sus bienes, y el acreedor le sigue y prende, sea por sí solo, si no encuentra juez, ó con autoridad de éste, habiéndole; pues en los aprehendidos es preferido á los demas iguales en la hipoteca y privilegio, aun cuando nada le quede que percibir, porque á no ser por su vigilancia no habria para nadie; pero no debe hacerse pago de propia autoridad, sino poner los bienes á disposicion del juez para que de su valor se le haga. (Ley 10, tit. 15, Part. 5.)

3849 8.º Cuando el acreedor dió en fiado al deudor algunas mercaderías ó efectos, y éste las recibió con ánimo de huir y quebrar; pues por este dolo son habidas por no fiadas, queda su dominio en el vendedor, y como dueño de ellas ninguno de los otros acreedores le debe disputar la prelacion. Para que se tenga por hecha esta compra con intencion de ausentarse y quebrar, debe probarlo el vendedor por algunos à quienes el comprador lo haya dicho, ó ha de hacerse la fuga ó quiebra tres dias despues de la compra, y si pasaren mas, estará en el prudente arbitrio del juez el estimarla ó no por tal. Pero si el acreedor fuere iglesia, fisco, república, comunidad ó menor, tendrà preferencia en ellas, si ecsisten, aunque hayan pasado mas que los tres dias desde su recibo hasta la fuga ó quiebra, por no haberse trasferido el dominio. (Hoy dia habria de regirse este caso por lo dispuesto en el Código de Comercio. Véase su art. 1114, números 8 y 9)

3850 9.º Cuando el crédito proviene de depósito, y el acreedor justifica por instrumento otorgado ante escribano y testigos haberlo hecho en el deudor; pues no basta la mera confesion de éste para perjudicar á los demas que son acreedores suyos por otra causa, ni el depósito confesado goza del privilegio del entregado, para cuya inteligencia deben suponerse dos casos.

El primero es cuando concurren muchos acreedores por razon de varios depósitos verdaderos de dinero hechos en el deudor á presencia de escribano y testigos en diversos tiempos, y convienen entre si acerca de la prelacion; entonces todos deben ser satisfechos à prorata, no obstante que unos sean mas antiguos que otros, porque todos son personales igualmente privilegiados, en los cuales y en los quirografarios que son merepersonales, no se atiende al tiempo, ni por razon de éste se prefiere uno á otro en su respectiva clase, sino que todos perciben en un grado con proporcion á su crédito por la igualdad en el privilegio (ley 11, tit. 14, Part. 5); pues el privilegiado no goza de éste, regularmente hablando, contra el que igualmente lo es, aunque el dinero esté depositado en banco público.

El segundo caso es cuando entre acreedores de diversas clases y por distintas causas concurren uno ó mas, pretendiendo sus depósitos verdaderos que hicieron en el deudor particular ó en banco público; y entonces, si el depósito es regular y ecsiste la cosa depositada, debe ser preferido en ella el acreedor, como dueño, á todos los acree-

dores de cualquiera clase que sean, ora personales privilegiados, ora hipotecarios anteriores. (Ley 9, tit. 13, Part. 5.)

Pero si no ecsiste la cosa depositada, será preferido solamente á los personales privilegiados y no á los hipotecarios, porque no le corresponde la reivindicacion ó dominio, sino la accion de depósito, que como personal siempre es menos atendible que la hipotecaria. (La dicha ley 9.)

Siendo irregular el depósito, debe ser preferido el acreedor á todos los quirografarios del deudor y tambien à los privilegiados anteriores (fuera de la iglesia, fisco, dote, república, refeccionario y el que procede por accion funeraria) y á los hipotecarios especiales ó generales posteriores; y así se graduará despues de estos siete, porque le compete solamente la accion de depósito que, aunque privilegiada, es personal. (Leyes 9, tit. 3; y 11 y 12, tit. 14, Part. 5. Véase número 2868.) Pero es de advertir que si el ecsactor ó administrador de la Hacienda pública depositare en su nombre y no en el del fisco algun dinero tocante á éste, bien sea en persona privada ò en banco público, será preferido el fisco por especial privilegio à los demas acreedores quirografarios, aunque sean anteriores en tiempo.

No gozará del privilegio de prelacion que por la accion de depósito le concede el derecho, ni por consiguiente será preferido á los demas acreedores personales el que lo sea por depòsito irregular, si recibió interés del depositario; pues por este hecho es visto haberle renunciado, escepto que sea pupilo ú otra persona que no tenga la libre administracion de sus bienes, pues á éste se permite llevarlos por razon de alimentos.

3851 10. Cuando el acreedor hizo gastos en beneficio de los bienes del deudor comun para su conservacion, ecsaccion, recuperacion ó recoleccion de ellos ó de sus frutos; y asi dichos gastos deben deducirse antes que todo, y de consiguiente el que los hizo será preferido á todos los demas acreedores, porque solo el sobrante se reputa hacienda ó patrimonio del deudor, con lo que ha de satisfacerse á sus acreedores.

3852 11. Cuando el acreedor es juez, magistrado, abogado, escribano ú otro de los que emplean su estudio, trabajo ú oficiosidad en la defensa de los bienes del deudor, ò enseñan públicamente alguna ciencia; pues gozan de la misma hipoteca tácita privilegiada en consideracion á que del estudio y enseñanza depende el buen gobierno del estado, y así deben ser preferidos á los hipotecarios anteriores; bien que con la distincion de que en la cosa que motivó su estudio y trabajo tienen prelacion á los de hipoteca tácita y espresa, y en los demas bienes del deudor la tienen solamente à los de tácita.

3853 12. Cuando el acreedor suministró al deudor comun los alimentos necesarios para su conservacion, en los cuales se incluyen los de los criados precisos para su honesta y moderada servidumbre, sus salarios y los alquileres de la casa en que vive; pues todos son preferidos à los demas hipotecarios del deudor, aunque tengan hipoteca especial y sean anteriores. Y si los criados litigan entre sí sobre la prelacion, se han de proratear sus créditos como de personas que forman un cuerpo ó comunidad, sin atender à la antigüedad de su servicio ni

á sus cualidades, sino á lo que se debe á cada uno, al caudal de su amo, y á que les compete igual privilegio.

3854 13 Cuando se deben por derecho los alimentos al acreedor por habérselos legado el testador; en cuyo caso compete al alimentario accion personal é hipotecaria sobre el fundo ó finca que el deudor posee con este gravámen, y lo propio milita en el alimentario del ganado; pero si un tercero á quien estaban señalados en los bienes del deudor como parece en el concurso solicitando se le prefiera à los demas acreedores, no obtendrá la prelacion, porque es acreedor meramente personal.

|| Sin embargo, en el mismo caso propuesto por Febrero del legado de alimentos, aunque no hayan sido consignados especialmente sobre finca determinada, gozará el legatario del derecho de hipoteca tácita general en los bienes del testador, como todos los otros legatarios. ||

3855 14 Cuando concurren acreedores privados por causa onerosa y lucrativa con hipoteca y constituto, ó sin ella; pues sin embargo de que varios autores afirman absolutamente que aun en este el primero en tiempo tiene mejor derecho, los hipotecarios posteriores de la causa onerosa han de preferirse á los anteriores que lo son por causa lucrativa, pues que el derecho antepone los que solo tratan de evitar su daño á los que intentan adquirir lucro, y nunca es igual su condicion; asi el personal posterior por causa onerosa debe tambien ser preferido al igualmente personal y anterior por causa lucrativa; pero no si este tiene hipoteca ó constituto, porque entonces gozarà de la prerogativa del tiempo.

3856 15 Cuando concurren dos acreedores cesionarios, pretendiendo el uno en virtud de cesion del deudor los réditos, tercios ó pensiones del primer año, y el otro con cesion anterior en la fecha los del año segundo; pues se ha de preferir aquel à éste como primero ó anterior en la hipoteca; porque aunque la cesion sea anterior, no se atiende á la antigüedad de la fecha para la concesion de preferencia, sino á la de la hipoteca ó del contrato hipotecario, y el que es primero en esta lo es en derecho.

Pero si una propia accion ó derecho se cediere á dos en diversos tiempos, serà preferido el primer cesionario; y si un mismo débito ó cantidad se cediere parcialmente á dos á un tiempo, y el deudor no pudiese satisfacerlo á entrambos, concurrirán á su percibo á prorata de sus créditos.

Y es de tenerse presente, en primer lugar, que el cedente no está obligado á resarcir ni à satisfacer al cesionario los gastos que hizo en el pleito sobre la ecsaccion del crédito cedido, no obstante el pacto en contrario, cuando aquel se originò sin culpa del cedente y por mera negligencia del cesionario; y en segundo lugar, que para que el cesionario de algun crédito pueda repetir contra quien se le cediò, no basta que haga ver que es de dificil ecsaccion, sino que es menester acredite la ejecucion en los bienes del deudor hecha con la mayor diligencia, para que no esperimente perjuicio aquel de quien deriva su derecho.

3857 16 Cuando la deuda hipotecaria posterior consta por instru-

mento ante escribano y testigos, en el que dà fé de la cantidad ó cosa que se pide, porque á su presencia se efectuó su entrega; ó bien se califica por otra prueba real y verdadera; y la anterior en fecha, aunque tambien otorgada por escribano, se acredita solamente por mera confesion del deudor; pues en este caso el acreedor posterior en tiempo por la calidad de su instrumento será graduado primero que el anterior de la deuda confesada.

3858 17. Cuando el fiador pagò por el principal en virtud de la obligacion que contrajo por él; pues no obstante que la paga sea posterior, debe ser preferido con el lasto del acreedor á los que despues de constituida la fianza contrajeron con el deudor; porque al modo que el fiador se obligó al principio al acreedor bajo la condicion de *si no pagare el deudor principal*, del mismo modo se halla éste obligado al fiador desde entonces bajo la de *si pagare por él*: de suerte que el fiador es un acreedor condicional respecto de su deudor, la condicion es casual y no potestativa, y asi el fiador, aunque posterior en el desembolso y satisfaccion, debe obtener la preferencia sobre los acreedores que en el intermedio de la constitucion de la fianza y paga contrageron con el deudor comun, si tiene lasto del acreedor.

3859 18. Cuando el acreedor hipotecario posterior hace constar su crédito por instrumento público, y el anterior tambien hipotecario acredita igualmente el suyo por confesion del deudor en instrumento privado escrito, ò à lo menos firmado por éste, aunque otro le haya estendido de su órden; y en caso de faltar el deudor por haber fallecido ó por otro motivo, y de consiguiente su reconocimiento, le justifica con declaracion jurada de dos testigos varones presenciales que testifican de su certidumbre é hipoteca, y le han suscrito y visto firmar al mismo deudor, pues no obstante que estos lo declaren, será preferido el acreedor de instrumento público, aunque posterior (ley 31, tit. 13, Part. 5): porque una cosa es que haga fé y pruebe en juicio contra el mismo deudor, aunque no se efectúe el cotejo ó comparacion de su letra por mediar la deposicion de los dos testigos; y otra que prefiera al acreedor de instrumento público y le perjudique, lo cual no se halla dispuesto en ley alguna.

Sin embargo, afirman varios autores que si los dos testigos depusieron de la verdad del crédito é hipoteca, debe ser preferido el acreedor de instrumento privado al segundo del público; y que esto procede aunque los testigos no esten esentos en aquel, ni le hayan firmado, si depusieron haberle visto hacer, porque la hipoteca espresa se puede constituir y probar con dos testigos, sin que de necesidad se requiera escritura. Mas parece que los tales autores no han tenido presente la ley 31, tít. 13, Part. 5, que dice: « Escribiendo algun ome carta de su mano, en que dijese que conocia que avia recibido maravedís prestados de otro alguno, é que obligaba alguna cosa por ellos; ó faziendo tal pleito (*pacto*) como este ante dos testigos: aquel á quien fuesse obligada la cosa en alguna destas dos maneras, bien la podria demandar á aquel que gela oviesse empeñada, ó á otro cualquier á quien la fallase: fueras ende si este que la tenia dijese que le era obligada por carta que fuesse fecha de mano de escribano público. Ca entonces este postrimero, si tal carta mostrasse, avria mayor derecho en

la cosa empeñada que el otro primero que oviesse carta escrita de mano de su debdor, ò prueba de dos testigos, asi como sobre dicho es.» Por tanto, conste la deuda é hipoteca por instrumento privado, con dos testigos ó sin ellos, no perjudica al acreedor posterior de instrumento público. (Séase lo que se quiera de esta ley, no se pierda de vista la 3, tít. 16, lib. 10, Novis. Recop., segun la que parece necesaria escritura pública y demas que en la misma se previene para que surta efectos la hipoteca espresa de bienes raices.)

3860 Pero lo espuesto en el número anterior no procede en tres casos.

Primero; cuando el crédito hipotecario consta por instrumento privado hecho y firmado por el deudor, ó firmado solamente por éste aunque se halle escrito de otra mano, ó firmado tambien por tres testigos varones fidedignos, si el deudor reconoce en juicio la deuda é hipoteca y aquellos sus firmas, y deponen de la verdad del crédito é hipoteca; pues concurriendo todo esto no solo será preferido el acreedor mencionado en él á los quirografarios, sino á los hipotecarios escriturarios posteriores y no privilegiados, como se prueba de la misma ley, que continúa diciendo: «pero si tal carta de la debda del empeñamiento fuesse fecha por mano del debdor é firmada con tres testigos que escriviesen sus nomes en ella con sus manos mismas, entonce mayor derecho avria en la cosa empeñada el primero que el segundo que mostrasse la carta pública.»

El segundo es cuando el acreedor de instrumento público confiesa ser verdadero el privado, y que fue hecho en el dia que se espresa en él, pues su confesion desvanece toda duda.

Y el tercero, cuando antes de otorgarse el público fue leido, entendido y reconocido judicialmente el privado por los referidos tres testigos, aunque no le hayan firmado, pues será preferido al público: (repetimos sobre estos tres casos nuestra anterior llamada sobre las solemnidades que prescribe la ley recopilada para la hipoteca de los inmuebles.)

3861 Volviendo á los casos ó escepciones de la regla general que el primero en tiempo es mejor en derecho,

El 19 es cuando el deudor contrajo obligacion hipotecaria de pagar á uno cantidad cierta, y antes que se le entregase la cantidad, formalizó igual obligacion á favor de otro que se la entregó; en cuyo caso el segundo acreedor, no obstante ser posterior la fecha de su contrato, respecto de haber tenido efecto y perfeccionádose con la entrega del dinero, será antepuesto al primero por faltarle esta circunstancia. (Ley 27, tít. 13, Part. 5.)

3862 20. Cuando el deudor compra alguna cosa ó finca, y el vendedor pacta con él al tiempo de la venta que ha de quedar hipotecada especialmente á cierto acreedor del comprador; pues entonces espresándose asi en la escritura de venta, aunque este acreedor sea posterior, será preferido en la cosa à los hipotecarios anteriores del deudor que la compró con dicho pacto: porque cuando la adquirió y los demas acreedores llegaron á tener hipoteca en ella, ya estaba afecta al gravámen y responsabilidad del crédito de aquel.

3863 21. Cuando dos acreedores contrajeron con el deudor comun sobre cosa ó territorio feudal, y el uno obtuvo para ello la competente

facultad y el otro no; pues el que contrajo á consecuencia de ella, aunque sea posterior en tiempo, será preferido al que contrató con él, sin que hubiese intervenido, por haber sido nulo el contrato; pero sobre esto véase á Carleval en el lugar que se cita.

3864 Lo mismo sucederá si dos prestasen dinero al poseedor de bienes vinculados, y éste los obligase à entrambos, al uno bajo la condicion de impetrar facultad real, y al otro despues de impetrada; pues este obtendrá la preferencia, porque el primer contrato sin ella es nulo; y así necesita ratificarse luego que la impetre, para que perjudique à los sucesores y queden gravados los bienes despues de la muerte del deudor.

3865 22. Cuando un procurador ó apoderado sin poder especial ni bastante hipotecó à favor de un sugeto alguna cosa de su principal, quien la obligó despues espresamente à otro, y hecho esto, ratificó la obligacion que en nombre suyo contrajo su procurador; pues aunque es vàlida esta ratificacion y perjudica al que la hizo, no al acreedor posterior, à quien el verdadero deudor antes de hacerla hipotecó la cosa, y así será preferido el primero, por haber adquirido derecho irrevocable en ella.

3866 23. Cuando la deuda hipotecaria procede de tutela, curaduría ó administracion pública, ó de iglesia, comunidad y rentas reales; pues tiene la preferencia desde que los administradores empezaron á serlo, aunque reciban despues los efectos.

Lo mismo procede en las hipotecarias que provienen de cambio, banco ò depositario público; pero no en las que dimanan de administracion ó depositario privado hasta que empiece á causarla, porque aquellos oficiales pueden ser compelidos à serlo y admitir la administracion y depósito, y éste no, bien que despues de aceptados no los puede renunciar.

3867 El 24 y último es cuando al tiempo de conferir ó hacer gracia à un clérigo de un beneficio se le impuso alguna pension sobre las rentas de él en favor de otro; pues éste debe ser preferido en ellas á todos y cualesquiera acreedores anteriores y privilegiados del deudor, aunque sean hipotecarios con obligacion general de sus bienes presentes y futuros; porque cuando estos empezaron à tener hipoteca en los frutos ó rentas del beneficio, ya la tenia el pensionista por haber pasado al deudor con este gravámen, y los demas acreedores no pueden tener ni pretender mas derecho en la cosa y en su frutos que el que el mismo deudor tiene.

3868 Pero si concurren dos pensionistas à los frutos del beneficio gravado, como ambos tienen igual título, hipoteca y causa, se debe preferir al anterior en título y tiempo; y si para entrambos no son suficientes, percibirá el posterior en tiempo el residuo que quede despues de satisfecho enteramente el anterior, porque en este caso se debe observar la regla general de que el que es primero en tiempo lo es igualmente en derecho. (Leyes 27 y 29, tit. 13, Part. 5.)

3869 Con este motivo se advertirá que los beneficios curados de estos reinos no deben pensionarse sino á favor del resignante en caso de ser útil y conveniente la renuncia, y cuando se celebra transaccion entre los opositores sobre el mismo curato ó parroquia, segun lo pac-

tado en el concordato celebrado entre esta córte y la de Roma en 14 de noviembre de 1737.

3870 Tampoco se deben pensionar unas parroquias para reedificar ni reparar las iglesias de otras, y antes bien ha de observarse lo que ordena el Santo Concilio de Trento (Ses. 21 *de Reformat.* cap. 7), y es que en primer lugar deben costear los gastos las rentas de sus fábricas; si estas no alcanzan, los han de pagar los partícipes en sus diezmos; y no bastando ni uno ni otro, bajada la competente cóngrua que debe quedar à aquellos, han de ayudar subsidiariamente los feligreses de la iglesia que necesita ser reparada ó reedificada. Lo mismo disponia antes del Concilio la ley 11, tit. 10, Part. 1, y la bula ó concesion contraria à lo referido es opuesta á la ley 3, tit. 23, lib. 1, Nov. Recop., y á la constitucion de Inocencio XII citada en él, por lo que se puede impedir su ejecucion pidiendo su retencion en el tribunal competente, como lo he visto practicar en el Consejo.

|| La doctrina de los números anteriores, útil en tiempo de Febrero, no puede tener hoy aplicacion, atendido el nuevo arreglo del clero y su actual estado. ||

3871 Lo hasta aqui espuesto tiene lugar aunque la cosa hipotecada mude su estado, es decir, aunque vaya en aumento, como si es tierra que se plante de viña, arboleda ú olivar, ó venga en diminucion, como si se deteriora, destruye ó arruina: pues en ambos casos tiene preferencia el acreedor, porque subsiste la hipoteca. (Ley 15, tit. 13, Part. 5.)

3872 Lo mismo sucede si la cosa hipotecada es monte y se corta leña ó madera en él; mas no si con la madera se construye nave, casa ú otro edificio, porque por haberse mudado la materia en otra forma se estingue la hipoteca, á menos que se esprese que ha de subsistir.

|| Véase el número 1651 y téngase presente que la doctrina de Febrero en este número es toda romana como tomada de la ley 18, §. 3, tit. 7, lib. 13, del Dig.; pero los intérpretes la contraen al caso en que la nave haya sido hecha por un tercero, y adquirido este su dominio; mas si fue hecha por el mismo deudor, dueño del bosque ó monte hipotecado, quedará sujeta á hipoteca aun cuando no haya mediado el tal pacto ó espresion, fundando esta diferencia en que no se ha de dejar al arbitrio del deudor anular ó destruir la hipoteca por solo su hecho y sin mas que mudar su forma. ||

3873 Destruyéndose la nave no hay prelacion ni hipoteca, á no ser que se especifique, porque mudada la forma de la cosa, se muda la sustancia de ella. Lo primero milita en la seda, lana, lino, cáñamo y otras materias semejantes, si se tiñen ó tejen, pues se pierde la hipoteca y prelacion. (Ley 24, tit. 9, Part. 6.) En la nave deshecha con ánimo de no volver á construirla cesa igualmente la prelacion, pues aunque se rehaga con los mismos materiales, no viene á ser ya ni se reputa ser la misma, como cuando se deshace con intencion de rehacerla: y lo mismo sucede en la carne y cueros del ganado hipotecado, porque una vez separados no son ya ganado como antes.

3874 En el precio de la cosa vendida é hipotecada no hay prela-

cion por él si despues se volviere á vender, porque seguramente no sucede el uno en lugar del otro; ni en la que se comprare ò subrogare con su precio, pues que ni éste ni la cosa estàn obligados; ni tampoco en la cosa comprada con dinero ageno la tiene el dueño de él, á menos que sea el fisco, la iglesia, república ò comunidad, dote, militar en servicio activo ó menor, pues siendo de éstos, sucede la cosa en lugar del precio, mas no éste si despues se vuelve à vender. (Leyes 40, tit. 5; y 25, tit. 13, Part. 5.) || Para que la cosa comprada con el dinero dotal suceda en el lugar del precio, y de consiguiente se haga de la muger, es preciso que el marido la compre con voluntad de ella: en todos estos casos el fisco, menor &c., pueden escoger entre quedarse con la misma cosa ò reclamar su precio (dicha ley 40), y hasta cobrarlo les queda obligada la cosa. (La ley 25.) ||

3875 Dúdase si queriendo el acreedor posterior y menos privilegiado, que al mismo tiempo es deudor por otra causa de su deudor (y deudor comun), compensar su crédito con lo que debe á éste, se le deberá admitir en perjuicio de los acreedores que tienen derecho y privilegio anterior para ecsigir sus créditos del deudor comun.

Algunos autores dicen que no, porque si esto se permitiera, lograria por este medio cobrar su crédito con mas prontitud y facilidad que los anteriores; por lo que y por estar obligado anteriormente á ellos el crédito de aquel bajo la hipoteca general, deben ser preferidos sin admitirse la compensacion; y si la hiciere, podrán ellos revocarla y compelerle á que apronte la cantidad con que se quedó; pero Carleval con otros muchos autores que cita, esponiendo los fundamentos de ambas opiniones, sigue la contraria, que parece ser la mas legal y razonable.

SECCION VIII.

Breve resúmen de la materia de la seccion anterior.

|| No habemos querido privar à nuestros lectores de la abundantísima doctrina con que plugo á Febrero enriquecer la complicada y usual materia de preferencia de acreedores hipotecarios; pero en nuestro humilde concepto este hacinamiento de riqueza, tomada de uno y mil autores, perjudica de tal modo á la claridad que dudamos mucho haya quien despues de leido y releido el Febrero, tenga una idea clara y sencilla sobre el órden de preferencia, y pueda responder de pronto lo que debe saber un simple institutista. Creemos por lo tanto útil presentar un resúmen ú ojeada general que abrace y domine en globo toda la materia. ||

3876 El que reclama la cosa á título de dominio debe ser preferido á todos los acreedores, por mas privilegiados que éstos sean; Febrero mismo pone ejemplos de esto en el comodato, depósito regular, en la cosa vendida y no pagada, cuando no vendió al fiado y solo por accidente se suspendió el pago; el dueño de la cosa no puede sin faltar á toda la propiedad del lenguage comun y legal llamarse acreedor. A ésta clase corresponde tambien el dueño directo de la enfitéusis, puesto que obra á virtud del dominio directo que se reservó al constituirse aquella. Pero si la cosa hubiese perecido ò padecido menoscabos por culpa del deu-

dor comun, como para conseguir su precio ò la reparacion de los menoscabos no compete al dueño sino la accion personal del respectivo contrato, en este caso, y para los efectos indicados, pasarà á la clase de los simples acreedores personales.

Omitimos en gracia de la brevedad las cuestiones que sobre esto mismo se agitan; como si habiendo dado á un platero plata para que haga vasos ú oro para hacer anillos, se hace señor de los vasos y anillos, y el que se lo dió debe reputarse acreedor meramente personal, como por lo comun se opina.

3877 Entre los hipotecarios privilegiados tienen indisputablemente el primer lugar los gastos funerarios, los de la última enfermedad, los derechos del testamento, su apertura ó publicacion, inventario de bienes ú otra diligencia semejante. (Leyes 12, tit. 13, Part. 1; y 8, tit. 6, Part. 6.) Febrero da igual preferencia á los honorarios y derechos devengados en la defensa de los bienes por el juez, abogado, escribano &c., y á los gastos hechos en la conservacion y recuperacion de los dichos bienes y recoleccion de sus frutos; lo que tambien parece justo, porque es en beneficio de los mismos acreedores.

3878 Vienen despues los demas hipotecarios privilegiados, cuya hipoteca puede ser ó general sobre todos los bienes, como la de la muger y el fisco, ó especial sobre cosa cierta y determinada, como la del que dió dinero para rehacer ò reparar nave ó casa, la del dueño de la tierra arrendada en sus frutos para seguridad de la renta, la del huérfano en la cosa comprada con dinero suyo, y generalmente la de todos aquellos á quienes corresponde por ley, pero tan solo en cosa determinada.

3879 Respecto de unos y otros debia al parecer sentarse por regla que los privilegiados por hipoteca ó cosa especial hayan de ser preferidos en ella á los privilegiados por hipoteca general, porque la razon inductiva del privilegio debe reputarse mas poderosa y favorable en el primer caso que en el segundo; lo especial prevalece siempre sobre lo general.

3880 Sin embargo, esta regla al parecer tan justa, ó al menos tan plausible, y que contribuiria mucho à despejar esta complicada materia, encuentra un obstáculo insuperable en la ley 29, tit. 13, Part. 5, que prefiere la muger y el fisco siendo primeros en tiempo, al que prestó dineros para reparar nave ó casa, y demas acreedores, contenido en la misma y en las dos leyes anteriores.

3881 Nosotros habemos manifestado francamente nuestro parecer acerca de esta disposicion, que sobre injusta, se presenta contradictoria bajo dos aspectos ó títulos.

Primero; porque el motivo de la preferencia ò privilegio concedido en este caso al refeccionario y otros acreedores semejantes, es el *haberse guardado con los dineros que dió, la cosa que de otro modo se pudiera perder*; y esta razon obra contra la muger y el fisco igualmente que contra todos, pues que sin el préstamo y la reparacion la hipoteca podria haber desaparecido, ó no ecsistiria en el caso de reedificacion.

Segundo: el refeccionario de la casa ò nave segun la ley 28, y los acreedores enumerados en la 29, escluyen al acreedor anterior de hipoteca espresa en la misma cosa, al paso que éste escluye ó pre-

fiere por su parte á la muger y al fisco, segun la ley 33: ¿puede darse mayor contradiccion? El escluido por el refeccionario escluye à su vez á la muger y al fisco, y estos vuelven à escluir al refeccionario, cayéndose en una palpable y monstruosa contradiccion, y faltándose á la trivial mácsima, *si vinco vicentunte, multo magis vincam te.* Como hasta ahora no habemos visto que ninguno de nuestros escritores haya hecho esta observacion, y como de ser fundada no quedarian en muy buen lugar los autores de las leyes mencionadas, dudamos de lo mismo que nos parece cierto, y celebrariamos se nos hiciese ver que nos habemos equivocado.

3882 Los autores que no han hecho esta observacion han prescindido del fisco y de la muger al hablar de los hipotecarios especiales ò sobre cosa determinada, y en el concurso de varios de estos han dado la preferencia al refeccionario de la nave ò casa, por la concluyente razon de que se ha hecho mérito y espresa la ley 28 citada. Asi el prestamista que diò su dinero para la compra de la nave ó casa, con pacto espreso de que habia de quedar hipotecada á la seguridad del préstamo, será pospuesto al que despues prestò para la reparacion de la misma nave ò casa; en el caso de concurrir varios refaccionarios, convienen todos los autores con Febrero en que debe seguirse el órden inverso, es decir, que será preferido el último prestamista, y asi gradualmente los otros hasta llegar al primero.

3883 Tratándose del cobro de las rentas de tierras arrendadas, parece que los dueños deben ser preferidos á todos en cuanto á los frutos nacidos en ellas; asi lo dispone espresamente la ley 6, tit. 11, lib. 10, Novis Recop., y lo persuaden ademas las razones que dá Sala en su Ilustracion (lib. 2, tit. 18, núm. 16), tomándolas de una ley romana, que son las mismas espuestas por nosotros anteriormente.

3884 Tras los hipotecarios privilegiados especiales ó particulares vienen los de hipoteca general tambien privilegiada, á saber, la muger por razon de su dote ó aumento de ella, y el fisco en lo que se le debe, como no sea por cáusa de delito: su privilegio consiste en ser preferidos á los hipotecarios anteriores de hipoteca tácita, pero no si la tienen espresa. La muger trasmite este mismo privilegio à sus hijos, pero no á sus herederos estraños, quienes sin embargo tendrán el derecho de simples hipotecarios: esto era mas espreso en el derecho romano que en el nuestro, aunque se pretende fundarlo en la ley 33, tit. 13, Part. 5. De la muger y el fisco suele decirse que marchan á un mismo paso; y por de contado entre sí mismos se hallan en el caso del derecho comun, y se guardará la prioridad de tiempo. Pero no se pierda de vista la estraña disposicion de la ley 29, tit. 13, Part. 5, y las observaciones hechas sobre ella: aquella ley dá en tierra con la regla que sentamos

3885 Entran luego los hipotecarios simplès ó no privilegiados, en los que obra de lleno la famosa regla, *el primero en tiempo es mejor en derecho*; contándose la prioridad de tiempo aun por horas, y dándose la preferencia no solo por la deuda ó crédito principal, sino tambien por sus accesorios, bien sea la hipoteca tácita ó espresa, especial ó general.

3886 El caso que la ley 27, tit. 13, Part. 5, pone como escep-

cion de esta regla, no lo es en realidad; ni tampoco el de la ley 31 (Febrero tambien los pone; en cuanto dá preferencia al hipotecario con escritura pública sobre el que solo acredita serlo por carta firmada por el deudor, ò por pacto hecho ante dos testigos; porque bien ecsaminados los motivos ó fundamentos de esta diferencia, no se encuentra otro que la sospecha de haberse podido poner en la escritura privada una fecha anterior al tiempo en que realmente se hizo, lo que de ningun modo puede recelarse en la pública: por manera que lejos de poderse reputar el caso mencionado como una escepcion de la regla general, viene á ser una confirmacion de la misma, pues que la ley presume ser primera en tiempo la escritura pública por no caber contra ella sospecha de fraude.

3887 La segunda parte de la citada ley 31 no deja duda alguna de que fué este el motivo ó fundamento de la preferencia, pues la dá contra el hipotecario por escritura pública posterior al que lo es por documento privado, si éste fué hecho por mano del deudor y firmado por tres testigos que escribieron en él sus nombres, á causa de que la carta ó instrumento adornado de estas circunstancias tiene fuerza de escritura pública, y de consiguiente se halla tan libre de sospechas de fraude como esta.

3888 Con arreglo á esta doctrina opina el señor Covarrubias (*pract. quæst.*, *cap.* 12, tratando con estension de este asunto, que siempre que conste plenamente la anterioridad de la carta ó escritura privada, debe ser preferida á la pública. Febrero viene á decirlo mismo, al menos en dos casos; pero nosotros habemos llamado y llamamos nuevamente la atencion sobre las formalidades ó requisitos que ecsige la ley 3, tit. 16, lib. 10, Novis. Recop., en la hipoteca de bienes raices: creemos de consiguiente que respecto de ellos no puede hoy tener lugar lo que las leyes de Partida, copiando las romanas, disponen sobre hipoteca por instrumento privado, ni aun cuando esté firmado por el deudor y tres testigos: el establecimiento del oficio de hipotecas hace necesaria la escritura pública, y cuál sea esta, se vé en la ley 1, tit. 23, lib. 10, Novis. Recop.

|| Novada la obligacion con las mismas prendas ó hipotecas, goza el acreedor en este derecho la prioridad ó antigüedad desde la primera obligacion, pero tan solo hasta el valor ó montamiento de esta, y respecto de las mismas cosas; pues si ha sido gravada ó aumentada la obligacion, ó se han añadido nuevas prendas ó hipotecas á las anteriores, en cuanto al aumento y á las nuevas prendas se contará el tiempo desde la novacion. ||

|| Cuando el hipotecario anterior consiente en que la cosa sea nuevamente obligada á otros, pierde su prioridad respecto de éste y de los que le escluyen, como se verá en la seccion siguiente; y la pierde tambien cuando maliciosamente disimuló su derecho para que fuese engañado el segundo acreedor. ||

|| Por derecho romano el hipotecario posterior podia ofrecer ó pagar al hipotecario anterior aun contra su voluntad, y sin necesidad de pacto ó cesion quedaba subrogado en su lugar y derecho: el pacto solo era necesario para este efecto, cuando ofrecia ó pagaba un estraño ú otro acreedor quirografario del mismo deudor. Fundábase lo

primero en que el posterior no podria instar por la venta de la prenda ó hipoteca, si lo resistia el anterior; pero hoy dia podia venderse, salvo el derecho del anterior á ser pagado preferentemente con el precio. ||

SECCION IX.

De los acreedores personales.

3889 Aunque á primera vista parezca estraño hablar en este lugar del derecho y graduacion de los acreedores personales, el buen órden y el enlace natural de las ideas lo hacen indispensable; porque si nos reservásemos el hablar de ellos en el concurso de acreedores, resultaria dislocado lo que no puede separarse sin riesgo de confusion. Así es que todos los autores y el mismo Febrero han tratado esta materia seguidamente; pero nosotros habemos tenido por mas natural y adecuado el órden y lugar seguido en las leyes de Partida y tit. 13 de la 5.ª

3890 Los acreedores mere-personales, que son los que no tienen hipoteca tácita ni espresa en los bienes del deudor, consten sus créditos por instrumento público ó privado, ó por testigos, ó solamente por confesion del mismo deudor, y sea verdadera ó confesada la entrega de la cantidad de que proceden, si acuden á un tiempo pretendiendo su pago, y no tienen la cualidad de posesion ni otra privilegiada, deben ser satisfechos á prorata, sin embargo de que unos créditos sean mas antiguos que otros, pues no hay prelacion entre ellos por razon de su antigüedad; y asi se han de graduar, regularmente hablando, despues de los escriturarios con hipoteca especial ó general, aunque en estos no conste la fé de entrega y aquellos sean anteriores. (Ley 11, tít. 14, Part. 5, verb. *Mas si todos los otros.*)

3891 Lo mismo sucede á los personales privilegiados iguales en el privilegio, concurriendo entre sí sobre la prelacion, por ser tambien de una naturaleza, y militar la propia causa y razon.

3892 Pero este regla se limita en seis casos.

1.º Cuando un acreedor antes de la formacion del concurso y de pretender los demas la satisfaccion de sus créditos, pidió ejecucion y obtuvo sentencia favorable; pues aunque sea posterior en tiempo, debe ser preferido á los otros quirografarios, por haber acreditado antes que ellos la legitimidad de su crédito, y sin embargo de que no alcancen para estos los bienes del concursante, no pueden inquietarle ni pedirle cosa alguna de aquellos de que se le aposesionó por sentencia.

2.º Cuando su vale, aunque no se halle corroborado con las firmas ni presencia de testigos, sino solamente con la del deudor, está hecho en papel sellado correspondiente al año de su formacion y á la calidad y cantidad del contrato; pues entonces debe ser graduado despues de las escrituras y antes que los que están escritos en papel comun con dos testigos ó sin ellos. (Ley 48, tít. 25, lib. 4 R.; ó 5, tít. 24, lib. 10, N. Recop.)

3.º Cuando el acreedor quirografario hace constar su crédito por reconocimiento judicial hecho por el deudor antes que éste se obligue en escritura pública á otro; pues el reconocimiento puro hecho en jui-

cio con la solemnidad legal tiene fuerza de escritura y es ejecutivo. (Leyes 4 y 5, tit. 28, lib. 11, Novis. Recop.)

4.° Cuando su escritura privada está firmada por el deudor y tres testigos, y todos reconocen sus firmas y deponen de su certeza, porque en este caso se estima como escritura pública, que es preferida à la privada.

5.° Cuando el acreedor posterior de instrumento público confiesa ser cierto el crédito quirografario y su fecha; pues aunque no haya testigos con quienes se pueda acreditar, si es anterior, será preferido, no solo á otros quirografarios, sino tambien al del público que lo confiesa.

6.° Cuando el deudor contrajo la deuda hipotecaria en fraude de los acreedores personales, como si fué despues de haber huido ó quebrado; pues aunque sea verdadera, no tiene prelacion á los de estos, y antes bien el acreedor ha de concurrir con ellos, porque el deudor careció de facultad para perjudicarlos.

3893 Teniendo el deudor varias negociaciones y por ellas acreedores personales, no debe ser de mejor condicion el que primero le ejecutó que los de aquella negociacion, y asi debe concurrir á prorata con ellos, de suerte que si cobrara antes, ha de dar seguridad de entregar á los demas sus partes: ni los de la una tienen accion á pedir contra los bienes de la otra, hasta que los de esta sean satisfechos, porque cada uno se conceptúa mas acreedor en aquella que en la persona del deudor.

3894 Para que un tercero que prestò dinero al deudor á fin de pagar á cierto acreedor suyo quede subrogado en el grado y lugar de este, como si tuviera lasto, se requieren cuatro cosas:

Primera; que pacte con el deudor que los bienes obligados al acreedor lo han de quedar á él.

Segunda; que igualmente pacte con el deudor que se ha de subrogar en el propio lugar é hipoteca del acreedor sin diferencia alguna.

Tercera; que el dinero que presta al deudor, sea determinadamente para pagar al acreedor en cuyo lugar quiere subrogarse.

Cuarta; que el mismo dinero pase al acreedor y se pague con él su deuda.

|| Téngase presente que segun lo espuesto anteriormente, el acreedor cuyo crédito procede de déposito irregular ó impropio, debe ser preferido à todos los acreedores personales ó no hipotecarios. Asi lo dicen todos los autores fundados en la ley 9, tit. 3, Part. 5; pero séanos permitido esponer con la debida modestia nuestro dictámen sobre dicha ley, ó por mejor decir, reponer sus propias palabras.

Habla la ley del depósito irregular, ó de cosas que se suelen ó pueden contar, ò pesar, ó medir, y dispone que sea pagado antes que las otras deudas del difunto. «Fueras ende, añade la ley, si ante que aquellas cosas oviesse recibido en guarda, oviesse fecho algun debdo por que oviesse obligado señaladamente todos sus bienes ó parte dellos, ca estonce pagaría ante el debdo que oviesse, que aquello que assi oviesse recibido en guarda.»

O nosotros nos engañamos mucho, ó la ley solo dá prefe-

rencia sobre el depositario en el caso propuesto al hipotecario convencional anterior, no al posterior; *si antes de recibir el depósito*, dice la ley, *hubiese obligado señaladamente sus bienes por otra deuda.* Si la ley hubiera querido posponer el depositario à todos los hipotecarios, inclusos los posteriores, lo habrá dicho claramente y en una sola palabra, sin determinar la hipoteca anterior, ni las otras escepciones que pone en seguida y vienen á confirmar nuestro dictámen.

3895 La ley despues de esceptuar al hipotecario anterior con hipoteca espresa, esceptúa tambien, pero indistintamente y sin espresion de tiempo los gastos del funeral, el refeccionario de nave, casa, ú otra cosa semejante, la muger y el fisco, cuya hipoteca tácita es privilegiada, y sin duda por razon de su favor ó privilegio no quiso la ley distinguir de si era anterior ó posterior al depósito irregular, como habia distinguido al hablar de la hipoteca espresa. Presentamos con timidez este nuestro modo de ver la citada ley 9, aunque nos parece claro y ajustado á su letra.

A propósito de la misma ley. Como da la preferencia al fisco no solo por lo que se le debe á virtud de pleitos ó contratos, sino tambien de malfetrías ó delitos, Gregorio Lopez en su glosa 9, habla con mucho juicio y erudicion legal de lo segundo, y concluye que esta ley al dar la preferencia al fisco debe entenderse no cuando pide la multa ó pena pecuniaria del delito, porque entonces debe ser pospuesto á todos los acreedores, sino cuando por el delito se causò daño en cosas del fisco, y si este pretende la reparacion del daño, serà preferido aun al depositario: añade que en este caso puede decirse que el fisco tiene hipoteca tácita en los bienes del delincuente desde luego y sin aguardar á la sentencia, pues de otro modo sería el que delinque de mejor condicion que el que contrae con aquel.

La Ley 5, tit. 24, lib. 10, Nov. Recop, dispone que entre los acreedores personales sean preferidos ó pagados en primer lugar los que hagan constar sus créditos por escritura pública.

En segundo lugar los que los prueban por documento privado escrito en el papel sellado correspondiente á su calidad y cantidad.

En tercero y último los que únicamente los apoyan en documento escrito en papel comun ú ordinario.

En los que pertenecen al órden segundo (papel sellado) dá lugar á la regla general segun la que el primero en tiempo es mejor en derecho: *dándoles lugar entre sí mismos conforme á su antelacion*: y aunque no espresa lo mismo respecto de los del primero (acreedores por escritura pública) debemos creer haber sido su espíritu é intencion que se observase igualmente la dicha regla en ellos; porque sobre no aparecer razon alguna de diferencia, y antes bien caso de haber alguna seria para favorecer mas á los primeros, es notoria la equidad que aquella regla encierra. La razon, que dá la ley para la preferencia de los créditos consignados en papel sellado sobre los del papel comun, y que entre ellos mismos rija la prioridad, es que aquellos no estan sujetos à fraudes por las antedatas y posdatas como estos; y esta razon es aun mas poderosa en los créditos que constan por escritura pública.

Pero no creimos deba observarse la mencionada regla de prioridad en los del órden tercero, ó créditos consignados en papel comun, porque sobre no espresarse en la ley, son de temer en ellos los fraudes relevados en la misma, y á favor de los cuales podriàn aparecer mas antiguos los que realmente no lo serian.

3896 Al establecer la citada ley esta diferencia, solo habla de los acreedores quirografarios ó no hipotecarios; pero no teniendo tanto lugar en los hipotecarios no privilegiados la regla de prioridad de tiempo, y pudiendo ocurrir en los escritos de sus obligaciones los mismos fraudes que quiso evitar, no dudamos en afirmar que todo lo que acabàmos de decir en cuanto à los quirografarios, debe observarse en los hipotecarios no privilegiados. (Sala, Ilustracion al derecho Real de España, lib. 2, tit. 18, número 19); pero recordamos la tantas veces mencionada ley 3, tit. 16, lib. 10, Nov. Recop. ||

SECCION X.

Cómo se estingue la prenda ó hipoteca.

3897 Siendo la prenda ó hipoteca un accesorio de otra obligacion principal, es consiguiente que estinguida ésta por cualquiera de los modos que se diràn en el título de la estincion de las obligaciones, se estinga tambien aquella.

3898 Para que la prenda ó hipoteca se estinga por la paga, es necesario que ésta se haga de toda la deuda; por manera que, segun se ha dicho en otro lugar, no basta que uno de los herederos del deudor haya pagado su parte, sino que uno ó todos han de pagar el todo; porque la causa de prenda ó hipoteca es indivisible, y la obligacion que es tal en sí misma no puede alterarse por pasar á los herederos.

3899 Para la estincion de la prenda ó hipoteca no basta ofrecer simplemente lo que se debe, sino que se ha de consignar y depositar en debida forma.

3900 Cuando el acreedor empeña à otro la prenda ó hipoteca que le diò su deudor (y ya habemos visto que puede hacerlo), si éste le paga, se acaba tambien el derecho de prenda del segundo acreedor, porque resuelto ó desvanecido el derecho del que dá, se resuelve ó desvanece el derecho del que recibe; pero no se acabará si el segundo acreedor intimó al deudor que no pagára al primero hasta que éste hubiera satisfecho su deuda.

3901 Si la deuda asegurada con prenda ó hipoteca, ha sido remitida ó perdonada, y resulta que la remision ha sido inútil, lo será tambien la de la prenda ó hipoteca, siempre que milite la misma razon en una y otra.

3902 Por lo tanto, si el deudor perdonó su crédito pignoraticio ó hipotecario en fraude de sus acreedores, no surtirá efecto esta remision ni en lo principal, que es el crédito, ni en lo accesorio, que es la hipoteca. Lo mismo deberá decirse cuando por miedo ó dolo, ó por la debilidad de la menor edad se ha perdonado un crédito hipotecario: en estos casos el beneficio de la restitucion por entero aprovechará, no

solo en cuanto al crédito principal, sino en cuanto á su prenda ó hipoteca.

3903 Pero habrá de decirse otra cosa, cuando no milita la misma razon en el crédito que en la prenda. Asi es que, estando prohibidas entre marido y muger las donaciones por las cuales el uno se hace mas rico y el otro mas pobre, será inútil en lo principal la remision ó perdon que respectivamente se hagan de un crédito, y valdrá sin embargo el de la prenda ó hipoteca del mismo.

3904 Habemos ya dicho que, novándose una obligacion hipotecaria, y repitiéndose en la novacion la misma prenda ó hipoteca, el acreedor gozará en esta de la prioridad ó antigüedad desde la fecha de la primitiva obligacion, pero tan solo por lo contenido en la misma, no por lo que se haya añadido en la novacion. Y porque el pupilo, llegado á la pubertad y dadas las cuentas por su tutor, reciba intereses del alcance que resulte contra éste, no se entiende que hizo novacion en cuanto á perder el derecho de hipoteca que tenia en los bienes de su tutor.

3905 Se estingue tambien la prenda ó hipoteca por la remision espresa ó tàcita que de ella haga el acreedor.

3906 Hay remision espresa cuando interviene pacto para que la cosa no continúe sujeta á prenda ó hipoteca. || La ley 40, tit. 13, Partid. 5 dice, cuando el acreedor dice al deudor que le toma la prenda, ó que le remite el derecho que tiene sobre ella; y que por esto no se entiende remitida la deuda, si no dijo tambien esto manifiestamente. ||

3907 Hay remision tácita cuando reune algun caso que la hace presumir y prueba; como si el acreedor vuelve al deudor la carta ó instrumento de la deuda, ó lo rompe, ó lo cancela, no haciéndolo por miedo, fuerza ó engaño. (Dicha ley 40.)

|| Sala en su ilustracion (lib. 2, tit. 18, núm. 21), hablando de la remision tácita, se esplica asi: «tal es si el acreedor restituyese al deudor la prenda ó la cautela de su derecho, por cuya restitucion se entenderia que le remitia el derecho de peños, pero no la deuda, sino es que dijese manifiestamente que se la perdonaba.» La ley 40, que cita Sala, no dice lo que éste: en primer lugar coloca la restitucion de la prenda en el caso de remision espresa y no tácita; pero esto importa poco, aunque rara vez se devolverá la prenda sin palabras. Lo importante es que segun la ley, la devolucion de la carta ó vale, y su cancelacion ó rompimiento, hace presumir la remision, no solo de la prenda, sino de la deuda; y segun Sala no: cosas bien distintas, y de efectos muy graves y contrarios. ||

3908 Hay tambien remision de la prenda ó hipoteca cuando el acreedor consiente en la venta de ella (ley 35, tit. 34, Part. 7), ó en que sea permutada, donada, dada en dote ó enagenada de cualquiera otro modo, á no ser que haya consentido, salvo siempre su derecho de prenda, ó pactando que no se desiste de la prenda hasta que se le haya pagado con el precio de la cosa vendida.

3909 Y no importa que la haya vendido el mismo deudor, ò su heredero à virtud del consentimiento obtenido por el difunto. Ni que haya consentido el acreedor espresa ó tácitamente, por ejemplo, firmando la escritura de venta, con tal que no haya intervenido dolo en

ellos, y aun la ratificacion del acreedor posterior á la venta hecha por el deudor equivaldrá al consentimiento anterior à ella.

3910 Pero la simple sabiduria ó noticia del acreedor unida á su silencio no induce consentimiento en la enagenacion, pues bien se debe presumir que la permitió porque sabia que pasaba á cualquier poseedor con la carga de la hipoteca.

3911 No basta que el acreedor haya consentido en la enagenacion para que se estinga la prenda ó hipoteca, si no se realizò aquella, ó en el modo, tiempo y con las demas circunstancias, bajo las que prestó el acreedor su consentimiento. Porque si no llegó à realizarse la enagenacion, ó despues se apartaron de ella, ó viene à quedar sin efecto por cualquiera causa, podrá todavia el acreedor perseguir su prenda. Y si consintió en que se enagenase dentro de cierto y señalado tiempo, por ejemplo un año, no perderá su derecho enagenándose despues que aquel haya pasado.

3912 Si el acreedor consintió en que la cosa fuese vendida, y el deudor en vez de venderla, la dona ó da en dote, ó al revés, mas que cuestion de derecho lo será de voluntad, y habrá de decidirse por el ecsàmen de las circunstancias, si quiso tambien consentir en aquel otro modo de enagenacion.

3913 Pero una vez enagenada debidamente la prenda ó hipoteca, consintiendo en ello el acreedor, se desvanecia de tal modo el derecho de éste segun la legislacion romana, que no lo recobraba aun cuando aquella volviese nuevamente al dominio del deudor.

3914 Tambien se estingue el derecho de prenda ó hipoteca cuando la cosa perece enteramente sin culpa del deudor, segun el sabido acsioma: *los deudores de cierta especie ó cosa quedan libres cuando esta perece sin culpa de ellos.* Habemos dicho cuando perece *enteramente*, porque si quedare algo de la cosa, aunque hubiese mudado de estado, se conserva todavía en ese resto el derecho de hipoteca.

3915 Por lo que hace á la mudanza de la forma de la cosa pignoraticia ó hipotecada, si es tal que de ella resulta una nueva especie, se estingue el derecho de prenda ó hipoteca, por ejemplo, si de la madera del bosque hipotecado se ha hecho nave ó casa por otro que no sea el mismo deudor y dueño, segun se dijo ya.

3916 Pero si no aparece enteramente mudada la forma anterior, continuará todavía el derecho de hipoteca ó prenda, como si la casa se redujo á solar, ó sobre este se construyó casa, ó se plantasen majuelos ó árboles en tierra calva (ley 15, tít. 13, Part. 5); y lo mismo ha de decirse si dada en plata ú oro en masa, se hicieren vasos de ella, ó dados en prenda vasos, se reducen despues á masa.

3917 Pero debe observarse que no es libre el deudor sin consentimiento del acreedor para destruir la cosa hipotecada ó mudar la forma de la cosa pignoraticia, siempre que la destruccion ó mudanza empeoren al acreedor la causa y persecucion de la prenda ó hipoteca; por manera que el acreedor puede oponerse á ello, y caso de estar ya hecho, pedir daños y perjuicios.

3918 Si el primer acreedor consiente en que su prenda ò hipoteca sea nuevamente obligada à otro, no por eso pierde enteramente su derecho, à no ser que señaladamente se haya querido esto, lo que será

cuestion de hecho y voluntad mas bien que de derecho; mas por su consentimiento serà postergado á aquel en cuyo favor consintió, y de consiguiente à todos los demas acreedores que escluyan al mismo. Por lo tanto, siendo cuatro los acreedores, si el primero en derecho consintió en que su hipoteca fuese obligada de nuevo al cuarto, será escluido, no solo por este, sino por el segundo y el tercero; pues el cuarto no sucede en el lugar del primero para el efecto de escluir al segundo y tercero, sino que, removido el que consiente, el segundo se hace primero, el cuarto tercero y el acreedor primero viene á ser cuarto. Advertimos que toda esta doctrina es de derecho romano. ||

3919 Espira ademas el derecho de prenda ó hipoteca, como las demas obligaciones, por la confusion ó consolidacion, á saber: cuando el acreedor adquirió el dominio de ella por contrato, sucesion ú otro cualquier modo; pues asi como nadie puede tener servidumbre en cosa propia, tampoco el derecho de prenda, y en tales circunstancias *res devenit ad eum casum à quo initium habere non poterat*, la cosa ó negocio incide en el caso puesto el que no podia principiar.

3920 Por esta razon, habiendo quedado hipotecados tácita ó legalmente los bienes del padrastro á los hijos del primer matrimonio, por cuanto la madre tutora de estos repitió el segundo sin haber dado cuentas de la tutela; si despues heredan aquellos á su madre y admiten la herencia sin inventario, pierden la hipoteca sobre los bienes del padrastro, pues que por la admision de la herencia en el modo dicho espiró la obligacion principal de su madre procedente de la administracion de la tutela.

3921 El principio ó regla de que *resuelto ó desvanecido el derecho del que dá se resuelve ó desvanece el derecho del que recibe*, tiene cumplida aplicacion en esta materia: desvanecido pues el derecho del deudor que dió la prenda ó hipoteca se desvanece el del acreedor que la recibió.

3922 Esto se verifica siempre que el deudor no tenia en ella un derecho pleno y perfecto, sino que ecsistia en otro un dominio mas poderoso, presente ó futuro, à virtud del que tiene que volver la cosa, aun contra la voluntad del mismo que la obligò ó hipotecó.

3923 Por lo tanto, como ya habemos dicho, si el acreedor con prenda ó hipoteca la obliga de nuevo, pierde este segundo acreedor su derecho hipotecario tan pronto como el deudor paga al primero.

3924 Lo propio sucede cuando el usufructuario obligó su usufructo y este espira por muerte de aquel, ú otro de los modos que espusimos al tratar de aquella servidumbre.

Y cuando el enfiteuta ó superficiario obligó su enfiteusis ó superficie, y por no haberse pagado el cánon ó derecho del solar vuelve el fundo al dueño directo à virtud del comiso.

3925 Igualmente si el heredero empeñó la cosa legada bajo condicion, ó sujeta á fideicomiso, ecsistiendo aquella ó llegando el caso de este, se desvanece de derecho la prenda ó hipoteca; y cuando la venta se hizo con pacto comisorio, ó de adicion à dia, y en el entretanto la empeña el comprador, pues si este no paga el precio en el primer caso ú otro lo ofrece mayor en el segundo, se tiene por no hecha la venta, y se desvanece el empeño ó hipoteca.

3926 El fundamento de cuanto acabamos de esponer es que el acreedor no puede adquirir en la cosa obligada mas derecho del que tiene el mismo deudor, y como en todos los casos enumerados no tenia el deudor en la cosa sino un dominio ó derecho revocable, y esto lo sabia ó no debia ignorarlo el acreedor, mal puede quejarse este de perder su derecho de prenda ó hipoteca cuando se desvanece el dominio ó derecho revocable del deudor, y antes bien debe culparse de haberse contentado con una garantía tan precaria y resbaladiza. Ninguno, repetimos, puede pagar á otro mas derecho del que él mismo tiene, y como en los casos de arriba el dominio ó derecho del deudor sobre la cosa empeñada era temporal y revocable, seria absurdo que él la pudiese obligar por mas tiempo del que habia de conservar aquel derecho en virtud de contrato ó última voluntad.

3927 Otra cosa seria en el caso de haberse vendido una cosa con la condicion de que *no siendo del gusto del comprador, pudiera este volverla*, ó cuando por tener algun vicio ó defecto puede él mismo usar de la redhibicion ó devolucion. En estos dos casos, si el comprador antes de manifestar su descontento de la cosa y querer devolverla por ello, ó por sus vicios ó tachas, la ha empeñado ó hipotecado, quedará firme al acreedor su derecho de prenda ó hipoteca, y el comprador que aspire á devolver de la cosa y à que se le restituya el precio podrà ser repelido por el vendedor mientras no le devuelva la cosa libre del gravámen á que la ha sujetado.

3928 La razon de esta diferencia es que en el presente caso el comprador tenia el dominio pleno y perpétuo de la cosa, y de consiguiente podia empeñarla ó hipotecarla á perpétuo, como lo hizo. Por lo tanto el acreedor que adquirió un derecho perpétuo, no debe perderlo por la redhibicion, como no lo perdería, porque el comprador enagenase de cualquier modo la misma cosa á favor de otro. A mas de que no debe quedar al arbitrio ó malicia del deudor disolver el vínculo de prenda adquirido ya por el acreedor con toda plenitud de derecho, y cambiar de propósito en daño del mismo contra la equidad y la sabida regla de derecho, que no lo permiten.

3929 Pero se ha dicho ya en otro lugar, que resuelto ó desvanecido el derecho de prenda ó hipoteca vàlida, puede todavia el acreedor retenerla por otro crédito personal, cuando la reclame el mismo deudor; no, si la persigue otro acreedor hipotecario.

3930 Se duda y agita mucho entre los autores, si empeñada ó hipotecada la cosa por el comprador, y rescindida despues la compra y venta por la lesion enorme, volverá aquella al vendedor libre del gravámen de prenda ò hipoteca.

En esta cuestion parece que debe tomarse un término medio entre las opiniones estremas y encontradas; medio conforme à la doctrina sentada en los números anteriores.

3931 Debe, pues, distinguirse, si la rescision tiene lugar á instancia del vendedor que se queja de haber recibido menos de la mitad del justo precio, ó del comprador por haber dado mas de la mitad del mismo.

3932 En el primer caso parece que deshecha la venta, debe volver al vendedor la cosa libre del gravàmen de prenda é hipoteca,

puesto que la resolucion del contrato procede de él, y no del comprador á quien se obliga en juicio á separarse de la venta, sino quiere suplir lo que falta para el justo precio; y no puede decirse que se aparta con entera y libre voluntad el que puede ser compelido en juicio á devolver la cosa cuando no dé otro tanto mas sobre el precio ya entregado.

3933 Y no sirve oponer que aun en este caso habia el vendedor pasado al comprador desde un principio el dominio irrevocable y plenísimo de la cosa vendida; pues que siendo uno de los requisitos necesarios en la compra y venta que el precio sea justo y equivalente de la cosa, no se puede entender ni decir que pasó el dominio pleno é irrevocable de ella al comprador, mientras que éste no dió el justo precio, ó al menos el tolerado por las leyes.

3934 En el segundo caso, à saber, cuando la rescision tiene lugar á instancia del comprador, parece mas razonable decir lo mismo que en el de redhibicion ó devolucion de la cosa por tener vicios ó tachas; porque aquí la resolucion del contrato procede de la libre voluntad del comprador, como que puede dejar de usar del remedio de rescision, asi como en el otro puede no usar de la accion redhibitoria, y contentarse con la cosa tal cual es.

3935 Y no puede decirse que el comprador obra en este caso contra su voluntad, puesto que obra para evitar una lesion enorme; porque á valer este argumento, habrá tambien de decirse que obra contra su voluntad en el de redhibicion, como que no obrando, tendrà que sufrir el perjuicio de quedarse con una cosa viciosa. Sin embargo, en el caso de redhibicion convienen todos en que dura el derecho de prenda constituido por el comprador, y serà por lo tanto preciso decir lo mismo en el presente, en que si obra, es por libertarse de una lesion mayor.

3936 Cuando el derecho de prenda ó hipoteca se limitó en su duracion por alguna condicion ó señalamiento de tiempo, espirará ecsistiendo la condicion ó pasado el tiempo, como si se pactare *que no quede obligada la cosa por mas de un año, ó que deje de estar obligada desde que se den fiadores abonados al acreedor*. La concesion limitada debe producir efectos limitados, y lo permitido hasta cierto tiempo se entiende prohibido despues que haya pasado: de todos modos no puede el acreedor quejarse de engaño ni daño, y cúlpese à sí mismo de haberse contentado con una prenda ó hipoteca limitada en cuanto á su duracion.

3937 Pero no se estingue el derecho de prenda ó hipoteca porque el deudor ofrezca otra igualmente idónea al acreedor, si este lo resiste, à menos de ser evidente que no recibe en ello el menor perjuicio; pues en tal caso parece conforme á equidad que se deje esto al prudente arbitrio del juez, aunque no tenemos disposicion espresa de derecho.

3938 Tampoco se estingue ó desvanece la hipoteca tácita ó legal por la convencional ó espresa, ó porque se dén fiadores; pues que la provision ó cautela del hombre no quita la provision ó cautela de la ley, cuando la segunda ecsiste antes que la primera y tiende al mismo objeto; antes bien es aplicable à éste caso la regla trivial de que lo que abunda, no daña.

3939 Ultimamente se estingue el derecho de prenda ó hipoteca por la prescripcion cuando alguno poseyere la cosa gravada como libre, con buena fé y sin interrupcion por espacio de treinta años, sea cualquiera la persona que la posea. (Ley 5, tit. 8, lib. 11, Novísima Rocopilacion.) (Véase el número 3203, y mas adelante la materia de prescripciones, en el título de los modos de acabarse las obligaciones.)

FORMULARIO.

Demanda contra una hipoteca.

3940 F., en nombre de N., vecino de tal parte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S., de esta misma vecindad, y=Digo: que en tantos de tantos se obligó P. à satisfacer á mi poderdante tanta cantidad que le prestó para esta ò la otra negociacion hipotecando especialmente tal finca, segun acredita la escritura que asimismo presento; pero sin embargo la vendió al mencionado S. en tanto, y aunque mi poderdante ha pretendido el pago de dicha cantidad ante el señor don H. por el oficio de C., no ha tenido efecto, por carecer P. de bienes, como resulta del testimonio de los autos que tambien presento. En esta atencion, y en la de que la espresada finca pasó al referido S. con el mismo gravámen que tenia antes de su enagenacion,

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, y admitiendo á mi poderdante esta demanda, se sirva condenar á S. á que le entregue la finca para que la tenga como hipoteca hasta tanto que se halle reintegrado de dicha cantidad. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

Demanda de un casero contra el poseedor de algunas alhajas que llevó el inquilino á la casa alquilada.

3941 F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á G., de este mismo vecindario, y =Digo: que B. tomó en arrendamiento tal casa propia de mi poderdante, sita en tal calle, y por tanta cantidad cada año, segun manifiesta la escritura que tambien presento: á cuya consecuencia llevó á ella entre varios muebles tales alhajas que vendió despues ocultamente al mencionado G. en tanto, por cuyo motivo aunque B. quedó debiendo tanto de alquileres à mi poderdante, por carecer absolutamente de bienes, le ha sido imposible reintegrarse de su crédito sin embargo de haber seguido autos ejecutivos contra él ante el señor don A. por el oficio de E., como todo resulta del testimonio que asimismo presento. En esta atencion

A V. suplico, que teniendo por presentados dichos documentos y por admitida esta demanda, se sirva condenar á G à que entregue á mi poderdante las mencionadas alhajas para que pueda con su valor hacerse pago de su crédito y de las costas causadas en los citados autos. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

Demanda de un deudor pidiendo su prenda satisfecho el crédito.

3942 F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á H., de esta misma vecindad, y=Digo: que en el año de tantos prestó á mi poderdante tanta cantidad, para cuyo resguardo le dió en prenda tal alhaja; y mediante à que sin embargo de haberle satisfecho aquella, se escusa á la restitucion de ésta,

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder y por admitida esta demanda, se sirva condenar al mencionado H. á que devuelva à mi poderdante dicha alhaja segun estaba al tiempo de su empeño. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

Demanda de un acreedor solicitando otra prenda en lugar de la entregada.

3943 F., en nombre de N., vecino, &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda à T., de esta misma vecindad, y=Digo: que en tal dia le prestó mi poderdante tanta cantidad recibiendo de él en prendas tantas alhajas que aseguró ser de esta ò aquella especie; pero habiéndolas hecho tocar mi poderdante en el contraste, halló ser de esta ó la otra calidad, como lo acredita la certificacion que asimismo presento; y mediante á que se halla en la obligacion de dar á mi poderdante otras alhajas del peso y quilates con que supuso aquellas al tiempo del contrato,

A V. suplico, que habiendo por presentados el poder y certificacion, y por admitida esta demanda, se sirva condenar á T. à que entregàndose de las referidas alhajas, dé á mi poderdante otras por el mismo título y de la misma calidad que supuso. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

APENDICE

al tratado de hipotecas.

Entre las muchas y sábias leyes que inmortalizarán el reinado del Señor Don Cárlos III, no hubo tal vez una de tanta utilidad é importancia como la de 31 de enero de 1768 (hoy ley 3, tít. 16, lib. 10, Novis. Recop) para hacer efectivo y regularizar el establecimiento del oficio de hipotecas. Cierto es que en gloria de otro Cárlos llamado comunmente el Quinto, aunque Primero de este nombre entre nosotros, este pensamiento conservador habia sido elevado á ley en 1539; pero no habia sido desenvuelto ni asegurado en su ejecucion con las precauciones necesarias para superar las resistencias que suele encontrar toda gran medida. Asi es que cayó muy pronto en una lastimosa inobservancia, segun la ley 2 del mismo título, y aunque en esta y año de 1713 se dictaron penas y prevenciones para evitar los perjuicios esperimentados, no se consiguió tan loable objeto hasta 1678, en que aquel celoso é ilustrado monarca dió la última mano á la obra principiada en 1539.

Atendida la importancia de esta medida, no se acierta á esplicar el vacío que acerca de ella se encuentra en los cuerpos de derecho romano, pues mal que pese á la orgullosa escuela moderna, muy poco es lo que se ha adelantado y puede adelantarse en gobierno y legislacion sobre lo que nos dejaron trazado los conquistadores y maestros de casi todo el mundo entonces conocido. Esto basta á esplicar y escusar el silencio guardado por los autores de las Partidas; pero de todos modos tenemos la gloria de habernos adelantado á los franceses en la introduccion y perfeccion de tan sabio establecimiento, como se verá cotejando las fechas arriba citadas con las que fija el consejero de Estado francés Treilhard en el discurso que luego traduciremos.

Y nada perdemos de esta gloria porque en el nuevo código civil francés se haya dado alguna mayor perfeccion al régimen hipotecario, puesto que es mas fácil añadir que inventar, y cuando se levanta de nuevo el edificio de la legislacion sobre los escombros y monumentos de la antigua, se puede aun con menos talentos y trabajos darle mayor regularidad y hermosura.

Pero como tal vez estamos avocados á ver cumplidos muy pronto los deseos y la necesidad que aquejan á la nacion para la formacion de un buen código civil, nos ha parecido de un doble interés presentar el título de los privilegios é hipotecas segun se encuentra en el francés, con los motivos y fundamentos de sus disposiciones. Si nuestro trabajo es perdido para los hombres públicos, no lo será del todo para los que en su estudio privado gusten de hacer el paralelo, siempre instructivo, de diferentes legislaciones sobre una misma materia.

El título mencionado es interesante no solo por lo tocante al sistema hipotecario, sino tambien por el órden y claridad que respi-

ra en la materia de privilegios y preferencias de acreedores, tan varia y complicada entre nosotros.

Ultimamente añadimos à lo que ya tenemos observado sobre esta materia en la seccion 3.ª del título 53, que las prórogas para la toma de razon, tanto generales como particulares, pueden ser perjudiciales, y prueban cuando menos imprevision de parte del legislador; que ademas las tales prórogas, desde que por el establecimiento del gobierno representativo se compartió el poder de legislar con las Córtes, adolecen à nuestro entender de visible nulidad, y con una manifiesta usurpacion del poder legislativo, porque à este solo compete dispensar de una ley ó suspender sus efectos: y los ministros que obran en contrario, no pueden escusarse de pedir un voto de absolucion, ó como vulgarmente se dice, de indemnidad. En este caso se encontraban los autores de las reales órdenes citadas en el título 54; bien que si cesaminamos los tomos de decretos de 1834 al presente, hallaremos mas leyes hechas por el gobierno que por las Córtes.

TITULO XVIII DEL CODIGO CIVIL FRANCES; LIB. 3.

De los privilegios é hipotecas.

CAPITULO I.

Disposiciones generales.

Art. 2092. «Todo el que se ha obligado personalmente queda sujeto á cumplir su obligacion con todos sus bienes muebles é inmuebles, presentes y futuros.»

Art. 2093. «Los bienes del deudor son la garantía comun de sus acreedores, y su precio se distribuye entre ellos á prorata, á menos que haya entre los mismos causas legítimas de preferencia.»

Art. 2094. «Las causas legítimas de preferencia son los privilegios é hipotecas.»

CAPITULO II.

De los privilegios.

Art. 2095. «El privilegio es un derecho que da al acreedor la calidad especial de su crédito para ser preferido á los otros acreedores, aun cuando sean hipotecarios.»

Art. 2096. «Entre los mismos acreedores privilegiados la preferencia se arregla por las diferentes calidades de los privilegios.»

Art. 2097. «Los acreedores privilegiados que estan en el mismo rango ú órden son pagados proporcionalmente ó á prorata»

Art. 2098. «El privilegio en razon de los derechos del tesoro real, y el órden para ejercerlos estan arreglados por las leyes que les conciernen. Sin embargo, el tesoro real no puede obtener privilegio en perjuicio de los derechos adquiridos anteriormente por un tercero.»

Art. 2099. «Los privilegios pueden recaer sobre los muebles ò sobre los inmuebles.»

SECCION I.

De los privilegios sobre los muebles.

Art. 2100. «Los privilegios recaen generalmente sobre todos los muebles, ó particularmente sobre algunos de ellos.»

§. I. = *De los privilegios generales sobre los muebles.*

Art. 2101. «Los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles son los que á continuacion se espresan, y se ejercen por el órden siguiente: 1.º Los gastos judiciales: 2.º Los gastos fuerales: 3.º Los gastos, cualesquiera que sean, de la última enfermedad, y sin distincion ó à prorata entre aquellos á quienes se deben: 4.º Los salarios de los sirvientes por el año último, y lo que se les debe del año corriente: 5.º Las anticipaciones de subsistencias hechas al deudor y á su familia, á saber, durante los seis últimos meses, por los tenderos ó mercaderes al por menor, tales como panaderos, carniceros y otros; y durante el año último, por los amos de pensiones y comerciantes al por mayor.»

§. II. — *De los privilegios sobre ciertos muebles.*

Art. 2102. «Los créditos privilegiados sobre ciertos muebles son: 1.º Los alquileres y rentas ó arrendamientos de los inmuebles sobre los frutos de la recoleccion del año, y sobre el precio de todo el ajuar de la casa alquilada ó de la granja, y de todo lo que sirve al laboreo ó esplotacion de esta; á saber: por todo lo vencido y que se vencerá, si los arrendamientos son auténticos, ó si estando en documento privado, tienen una data ó fecha cierta; y en estos dos casos los otros acreedores tienen derecho para rearrendar la casa ó granja por el tiempo restante del arrendamiento, y de aprovecharse de los alquileres y rentas, pero con la carga de pagar al propietario todo lo que se le estuviese debiendo. Y en falta de arrendamientos auténticos, ó cuando estando en documento privado, no tienen una data ó fecha cierta, por un año á contar desde que espire el año corriente: el mismo privilegio compete por las reparaciones hechas en la cosa arrendada, y por todo lo que concierne á la ejecucion del arrendamiento. Sin embargo, las sumas debidas por la simiente ó por los gastos de la recoleccion del año son pagadas sobre el precio de la cosecha, y las debidas por utensilios sobre el precio de los mismos utensilios, con preferencia al propietario en uno y otro caso. El propietario puede embargar los muebles que guarnecen su casa ó granja cuando han sido quitados sin su consentimiento, y conserva en ellos su privilegio, con tal que los haya reivindicado, á saber: cuando se trata del movilario que guarnecia una granja, en el espacio de cuarenta dias; y en el de quince, si se trata del ajuar ó mueble de una casa: 2.º El crédito sobre la prenda de que se halla apoderado el acreedor: 3.º Los gastos hechos para la conservacion de la cosa: 4.º El precio de los efectos mo-

vibles no pagados, si están aun en posesion del deudor, sea que los haya comprado á plazo ó no. Si la venta no se ha hecho á plazo, el vendedor puede tambien reivindicar estos efectos mientras que están en posesion del comprador, é impedir la reventa, con tal que los reivindique dentro de los ocho dias siguientes á su entrega, y que los efectos se encuentren en el mismo estado que cuando fueron entregados. Sin embargo, el vendedor no puede ejercer su privilegio sino despues del propietario de la casa ó granja, á menos que se pruebe que el propietario sabia que los muebles y otros objetos que guarnecian su casa ó granja no pertenecian al propietario. Nada se innova por esto en las leyes y usos de comercio sobre la reivindicacion: 5.º Las anticipaciones hechas por un fondista ó mesonero sobre los efectos del viajero que han sido trasladados á su fonda ó posada: 6.º Los gastos de acarreo ò conduccion, y otros accesorios sobre la cosa acarreada ó conducida: 7.º Los créditos resultantes de abusos ó prevaricaciones cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones sobre los fondos que depositaron para fianza ó seguridad, y sobre los intereses que puedan deberse por los mismos."

SECCION II.

De los privilegios sobre los inmuebles.

Art. 2103. «Los acreedores privilegiados sobre los inmuebles son: 1.º El vendedor sobre el inmueble vendido, para el pago del precio. Si hay muchas ventas sucesivas cuyo precio se deba en todo ó en parte, el primer vendedor es preferido al segundo, este al tercero, y asi los demas: 2.º Los que hayan dado el dinero para la adquisicion de un inmueble, con tal que se haga constar auténticamente por la escritura de préstamo que la suma estaba destinada á este objeto, y por el recibo del vendedor que el pago fué hecho con el dinero prestado: 3.º Los coherederos sobre los inmuebles de la sucesion, para la garantía de las particiones hechas entre ellos, y del saldo ó esceso de los lotes: 4.º Los arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros empleados para edificar, reconstruir ó reparar edificio, canales y otras cualesquiera obras, pero con tal que por un perito nombrado de oficio por el tribunal de primera instancia en cuyo territorio se hallen sitos los edificios, se haya estendido sumaria informacion, á fin de hacer constar el estado de los lugares relativamente à las obras que el propietario se propone hacer, y que las obras hayan sido recibidas ó dadas por buenas, dentro de seis meses á lo mas despues de acabadas, por otro perito nombrado igualmente de oficio. Pero el privilegio no puede esceder del valor contestado en el segundo proceso verbal ò sumaria, y se reduce á la mayor estimacion que tuvo el inmueble al tiempo de su enagenacion à consecuencia de las obras hechas en él: 5.º Los que han prestado dinero para pagar ó reembolsar á los operarios gozan del mismo privilegio, con tal que se haga constar auténticamente este empleo ó inversion por la escritura de préstamo y por los recibos de los operarios, como se ha dicho arriba respecto de los que prestaron para la adquisicion de un inmueble.»

SECCION III.

De los privilegios que se estienden á los muebles é inmuebles.

Art. 2104. «Los privilegios que se estienden á los muebles é inmuebles son los enumerados en el art. 2101."

Art. 2105. «Cuando á falta de bienes muebles los privilegios enunciados en el artículo anterior se presentan para ser pagados con el precio de los inmuebles en concurso de otros acreedores privilegiados en el mismo inmueble, se haràn los pagos por el órden siguiente: 1.º Los gastos de justicia y demas enumerados en el art. 2101: 2.º Los créditos designados en el art. 2103.»

SECCION IV.

Cómo se conservan los privilegios.

Art. 2106. «Los créditos no producen efecto entre los acreedores por lo que respecta à los bienes inmuebles, sino en cuanto se les ha dado publicidad, inscribiéndolos ó haciendo tomar razon de ellos en los registros del conservador (contador) de las hipotecas en la forma determinada por la ley, y á contar desde la fecha de la inscripcion ò toma de razon, salvas tan solo las escepciones siguientes.»

Art. 2107. «Quedan esceptuados de la formalidad de la inscripcion ó toma de razon los créditos enumerados en el art. 2101.»

Art. 2108. «El vendedor privilegiado conserva su privilegio por la transcripcion del título que ha trasferido la propiedad al comprador, y en el que se hace constar que le es debido el todo ò parte del precio; para lo que la transcripcion del contrato hecha por el comprador surtirà los efectos de inscripcion ó toma de razon para el vendedor y el prestamista que le haya dado el dinero pagado, y que por el mismo contrato será subrogado en los derechos del vendedor: será no obstante obligacion del comprador de las hipotecas, so pena de responder de todos los daños é intereses á los terceros, el inscribir de oficio en su registro los créditos resultantes del acto ó instrumento traslativo de la propiedad, asi en favor del vendedor como de los prestamistas, los que podrán tambien hacer, caso de no haber sido ya hecha, la transcripcion del contrato de venta al efecto de adquirir la transcripcion de lo que se les debe sobre el precio.»

Art. 2109 «El coheredero ó coparticionario conserva su privilegio en los bienes de cada lote, ó en el inmueble subastado en cuanto al saldo y esceso de lotes, ó en cuanto al precio de la subasta por la inscripcion hecha á instancia suya, dentro de sesenta dias à contar desde la fecha de la particion ó de la adjudicacion por subasta; durante cuyo tiempo no puede tener lugar hipoteca alguna en los bienes sujetos á la responsabilidad del saldo ó adjudicados por subasta, en perjuicio del acreedor del saldo ò del precio.»

Art. 2110. «Los arquitectos, empresarios, albañiles y otros operarios empleados para edificar, reconstruir ó reparar edificios, canales

ú otras obras, y los que para pagarles y reembolsarles han prestado dinero, cuya inversion ha sido constatada, conservan por la doble inscripcion hecha, 1.º de las diligencias ó sumaria informacion en que se hace constar el estado de los lugares, 2.º de las diligencias de recepcion, su privilegio desde la fecha de la inscripcion de las primeras diligencias.»

Art. 2111. «Los acreedores y legatarios que piden la separacion del patrimonio del difunto con arreglo al artículo 878 en el título *de las sucesiones*, conservan, por lo que hace á los acreedores de los herederos ó representantes del difunto, su privilegio en los bienes inmuebles de la sucesion, por las inscripciones hechas sobre cada uno de estos bienes, dentro de seis meses à contar desde que se abrió la sucesion. Antes que espire este término, los herederos ó representantes del difunto no pueden establecer hipoteca eficaz sobre estos bienes en perjuicio de los tales acreedores ó legatarios.»

Art. 2112. «Los cesionarios de estos diversos créditos privilegiados ejercitan todos los mismos derechos que los cedentes, en su lugar y caso»

Art. 2113. «Todos los créditos privilegiados, sujetos á la formalidad de la inscripcion, respecto de los que no hayan sido llenadas las condiciones arriba prescritas, no cesan por esto de ser hipotecarios; pero la hipoteca no data para con los terceros sino desde la época de las inscripciones que debieron hacerse, segun se esplicará mas adelante.»

CAPITULO III.

De las hipotecas.

Art. 2114. «La hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles sujetos al cumplimiento de una obligacion. La hipoteca es por su naturaleza indivisible, y subsiste por entero en todos los inmuebles obligados, en cada uno y en cada porcion de estos inmuebles. Ella los sigue en todas las manos á las que pasen.»

Art. 2115. «La hipoteca no tiene lugar sino en los casos y con las formalidades que la ley autoriza.»

Art. 2116. «Ella es, ó legal, ó judicial, ó convencional.»

Art. 2117. «La hipoteca legal es la que resulta de la ley. La hipoteca judicial es la que resulta de las sentencias ó providencias judiciales. La hipoteca convencional es la que depende de las convencionales y de la forma esterior de los instrumentos y contratos.»

Art. 2118. «Son susceptibles de hipotecas, 1.º los bienes inmuebles que están en el comercio, y sus accesorios reputados inmuebles; 2.º el usufructo de los mismos bienes accesorios, mientras dure.»

Art. 2119. «La hipoteca no produce consecuencias en los muebles.»

Art. 2120. «Por el presente Código en nada se innovan las disposiciones de las leyes marítimas concernientes à las naves y buques de mar.»

SECCION V.

De las hipotecas legales.

Art. 2121. «Gozan de hipoteca legal los derechos y créditos siguientes: los de la muger casada en los bienes de su marido; los de los menores y que están bajo interdiccion judicial en los bienes de sus tutores; los del Estado, ayuntamientos y establecimientos públicos, en los bienes de los recaudadores y administradores responsables.»

Art. 2122. El acreedor que tiene hipoteca legal puede usar de su derecho contra todos los bienes pertenecientes á su deuda, y contra los que en adelante puedan pertenecerle, bajo las modificaciones que luego se espresarán.»

SECCION VI.

De las hipotecas judiciales.

Art. 2123. La hipoteca judicial resulta de las sentencias, bien sean dadas en juicio contradictorio ó en rebeldía, definitivas ó provisionales, en favor del que las ha obtenido. Resulta igualmente de los reconocimientos ó cotejos hechos en juicio de las firmas puestas en un documento obligatorio y privado. La hipoteca judicial puede ejercerse en los bienes raices que á la sazon tenga el deudor, y en los que despues adquiera, salvas las modificaciones que luego se espresarán. Las decisiones arbitrales no inducen hipoteca sino en cuanto están revestidas de decreto judicial, en que se manda llevarlas à ejecucion. Esta hipoteca tampoco puede resultar de las sentencias dadas en pais estranjero sino en cuanto han sido declaradas ejecutivas por un tribunal francés, sin perjuicio de las disposiciones contrarias que puedan encontrarse en las leyes políticas ó en los tratados.»

SECCION VII.

De las hipotecas convencionales.

Art. 2124. «Las hipotecas convencionales no pueden ser consentidas sino por los que tienen capacidad para enagenar los inmuebles que gravan con ellas.»

Art. 2125. «Los que no tienen sobre los inmuebles sino un derecho suspendido por alguna condicion, ó resoluble en ciertos casos, ó sujeto à rescision, solo pueden imponer hipoteca sujeta à las mismas condiciones, ó á la misma rescision.»

Art. 2126. «Los bienes de los menores, de los que esten bajo interdiccion judicial, ó ausentes, mientras que solo se ha deferido su posesion provisional, no pueden ser hipotecados sino por las causas y con las formalidades prescritas por la ley, ó en virtud de sentencia.»

Art. 2127. «No puede imponerse hipoteca convencional sino por instrumento auténtico otorgado ante dos notarios, ó ante un notario y dos testigos.»

Art. 2128. «Los contratos otorgados en pais estrangero no pueden dar hipoteca sobre los bienes situados en Francia, si no hay disposiciones contrarias en las leyes políticas ó en los tratados.»

Art. 2129. «No hay hipoteca convencional válida fuera de la que, bien sea en el título auténtico constitutivo del crédito ò en un instrumento auténtico posterior, declara especialmente la naturaleza y situacion de cada uno de los bienes raices que à la sazon tenga el deudor, y que este consiente en hipotecar para seguridad del crédito. Cada uno de sus bienes presentes puede ser hipotecado, pero señalada y nominalmente. Los bienes futuros no pueden ser hipotecados.»

Art. 2130. «Sin embargo, si los bienes presentes y libres del deudor son insuficientes para la seguridad del crédito, puede aquel, haciendo espresion de esta insuficiencia, consentir en que cada uno de los bienes que adquiera en adelante quede sujeto à la hipoteca á medida que los vaya adquiriendo.»

Art. 2131. «Igualmente, en caso que el inmueble ó inmuebles presentes y sujetos á la hipoteca hubiesen perecido, ó padecido desmejoras de modo que hayan venido á ser insuficientes para la seguridad del acreedor, podrá este ó reclamar desde luego su reembolso, ó conseguir un suplemento de hipoteca.»

Art. 2132. «La hipoteca convencional no es válida sino en cuanto la cantidad por la que se impone es cierta y determinada por el instrumento: si el crédito resultante de la obligacion es condicional para que llegue á ecsistir, ò indeterminado en su valor, el acreedor no podrá reclamar la inscripcion de que se hablarà luego, sino por un valor estimativo que declarará espresamente, y que el deudor tendrá derecho de hacer reducir si hubiere lugar á ello.»

Art. 2133. «La hipoteca una vez adquirida se estiende à todas las mejoras posteriores del inmueble hipotecado.»

SECCION VIII.

Del rango ó lugar de las hipotecas entre sí mismas.

Art. 2134. «Entre los acreedores, la hipoteca, sea legal, judicial ò convencional, no tiene lugar ó rango sino desde el dia en que el acreedor la hizo inscribir en los registros del conservador, en la forma y de la manera prescrita por la ley; salvas las escepciones del artículo siguiente.» (Desde el dia de la toma de razon en el oficio de hipotecas.)

Art. 2135. "La hipoteca ecsiste independientemente de toda inscripcion: 1.º En favor de los menores y de los que estan bajo interdiccion judicial, en los inmuebles pertenecientes á su tutor, por razon de la administracion de la tutela, desde el dia que la admitieron. 2.º En favor de las mugeres por razon de sus dotes y capitulaciones matrimoniales, en los inmuebles de su marido, à contar desde el dia del matrimonio. La muger no tiene hipoteca por las sumas dotales procedentes de sucesiones que hayan recaido en ella, ó de donaciones que le hayan sido hechas durante el matrimonio, sino á contar desde el dia en que recayeron las sucesiones, ó se realizaron las donaciones. Tampoco tiene hipoteca para ser indemnizada de las deudas que

contrajo con su marido, ó el reintegro ó reemplazo de sus bienes propios enagenados, sino desde el dia de la obligacion ó de la venta. La disposicion del presente artículo no perjudicará en caso alguno á los derechos adquiridos por terceros antes de la publicacion del presente título.»

Art. 2136. «Sin perjuicio de lo espuesto, los tutores y maridos estan obligados á hacer públicas las hipotecas con que estan gravados sus bienes, y á este efecto deben ellos mismos reclamar sin la menor dilacion que se inscriban en las oficinas correspondientes sobre los inmuebles que les pertenecen ò en lo sucesivo puedan pertenecerles. Los maridos y tutores que sin haber requerido y hecho verificar las inscripciones mandadas por el presente artículo, hubiesen consentido ó dejado tomar privilegios ó hipotecas sobre sus bienes raices, no declarando espresamente que los dichos bienes raices estaban sujetos á la hipoteca legal de las mugeres y menores, seràn reputados reos de estelionato, y como tales podrán ser apremiados en sus personas.»

Art. 2137. "Los tutores subrogados tendrán obligacion, bajo su responsabilidad personal y pena de todos los daños é intereses, de velar para que sin dilacion se hagan las inscripciones sobre los bienes del tutor por razon de su administracion, y aun de hacer efectuar las dichas inscripciones.»

Art. 2138. «No cumpliendo los maridos, tutores, ó tutores subrogados con hacer las inscripciones ordenadas por los artículos anteriores, las reclamarà el procurador del rey (fiscal) del tribunal de primera instancia del domicilio de los maridos ó tutores, ó del lugar en que esten sitos los bienes.»

Art. 2139. "Los parientes, sean del marido ó de la muger, y los del menor, ó en defecto de parientes sus amigos, podrán reclamar las dichas inscripciones; y podrán tambien ser reclamadas por la muger y los menores.»

Art. 2140. «Cuando en las capitulaciones matrimoniales, las partes mayores de edad hubieren convenido que no se hará ó tomarà inscripcion sino sobre alguno ò algunos de los inmuebles del marido, los inmuebles que no resulten indicados por la inscripcion quedaràn libres é irresponsables de la hipoteca por el dote de la muger y demas de las capitulaciones matrimoniales. No podrá capitularse que no se tome absolutamente ninguna inscripcion.»

Art. 2141. Lo mismo se observará en cuanto à los inmuebles del tutor, cuando los parientes, en consejo de familia, hayan acordado que no se tome inscripcion sino sobre ciertos inmuebles.»

Art. 2142. «En los casos de los dos artículos precedentes el marido, el tutor y el subrogado no estarán obligados á requerir à inscripcion sino sobre los inmuebles indicados.»

Art. 2143. Cuando no se haya restringido la hipoteca por el acto de nombramiento del tutor, podrá este, en el caso de que la hipoteca general esceda notoriamente las seguridades para responder de su administracion, pedir que esta hipoteca se limite à los inmuebles suficientes, para dar una completa garantía en favor del menor. La demanda se entablará contra el tutor subrogado, y deberá ser precedida de un acuerdo de familia.»

Art. 2144. Podrá igualmente el marido, consintiendo en ello su muger, y despues de haber tomado el parecer de los cuatro mas prócsimos parientes de ella reunidos en consejo de familia, pedir que la hipoteca general sobre todos los inmuebles, por razon de la dote y capitulaciones matrimoniales, se reduzca á los inmuebles suficientes para la conservacion cumplida de los derechos de la muger.»

Art. 2145. «No recaerá sentencia sobre estas demandas de los maridos y tutores sino despues de haber oido al procurador del Rey en juicio contradictorio. Cuando el tribunal pronuncie la reduccion de la hipoteca á ciertos inmuebles, serán testadas las inscripciones tomadas sobre los demas.»

CAPITULO IV.

Del modo de hacerse la inscripcion de los privilegios ó hipotecas.

Art. 2146. «Las inscripciones se hacen en la oficina de conservacion de las hipotecas, en cuya demarcacion están sitos los bienes sujetos al privilegio ò á la hipoteca; pero no producen efecto alguno si se hacen ó toman en el término durante el cual los actos hechos antes de la declaracion en quiebra se reputan nulos. Lo mismo sucede entre los acreedores de una herencia, si la inscripcion no ha sido hecha por alguno de ellos sino despues de abrirse la sucesion, y en el caso de no ser esta aceptada sino á beneficio de inventario.»

Art 2147. «Todos los acreedores cuya inscripcion sea del mismo dia, ejercen el derecho de hipoteca de la misma fecha, sin distincion alguna entre la inscripcion hecha por la mañana y por la tarde, aun cuando el conservador haya marcado esta diferencia.»

Art. 2148. «Para hacerse la inscripcion debe el acreedor presentar por sí ó por un tercero al conservador de las hipotecas la copia original, ò un traslado auténtico de la sentencia ó instrumento que produce el privilegio ó hipoteca. La acompañará con dos carpetas ó facturas escritas en papel sellado, una de las cuales puede estenderse en el mismo traslado del titulo, y contendràn: 1.º El nombre, apellido y domicilio del acreedor, su profesion si la tiene, y la eleccion que haga de un domicilio cualquiera, siendo dentro de la demarcacion del oficio ú oficinas de hipotecas. 2.º El nombre, apellido y domicilio del deudor, profesion, si la tiene, ó una designacion individual y especial, de modo que el conservador pueda reconocer y distinguir en cualquier caso al individuo gravado con la hipoteca. 3.º La fecha y naturaleza del título. 4.º El importe del capital de los créditos espresados en el título, ó valuados por el que requiere la inscripcion, segun las rentas y prestaciones, ó los derechos eventuales, condicionales ó indeterminados, en el caso en que se mande hacer esta valuacion; como tambien el importe de los accesorios de estos capitales, y la época en que pueden ecsigirse. 5.º La indicacion y situacion de los bienes en que se propone conservar su privilegio ó hipoteca. Esta última disposicion no es necesaria en el caso de las hipotecas legales ó judiciales; en defecto de convencion especial, una sola inscripcion, en lo tocante à estas hipotecas, basta para gravar todos los inmuebles comprendidos en el distrito ó demarcacion de la oficina.»

Art. 2149. «Las inscripciones que hayan de hacerse en los bienes de una persona que ha fallecido, podrán hacerse bajo la simple designacion del difunto, en los términos espresados en el artículo anterior.»

Art. 2150. «El conservador hace mencion en su registro del contenido de las carpetas ó notas, y entrega al requirente, tanto el título ó su traslado, como la una de las carpetas, certificando al pié haber hecho la inscripcion.»

Art. 2151. «El acreedor que se inscribe por un capital productivo de intereses, tiene por lo tocante à éstos el derecho de ser colocado, aunque solo por dos años y por el corriente, en el mismo rango de hipoteca que por su capital, sin perjuicio de haber de tomar ò hacer inscripciones particulares para adquirir hipoteca, y solamente desde la fecha de ellas, por los atrasos que no hayan sido conservados por la primera inscripcion.»

Art. 2152. «El que ha requerido la inscripcion, así como sus representantes ó cesionarios por instrumento auténtico, son libres en cambiar sobre el registro de las hipotecas el domicilio antes elegido; pero deben escoger é indicar otro en la misma demarcacion.»

Art. 2153. «Los derechos de hipoteca puramente legal del Estado, ayuntamientos y establecimientos públicos sobre los bienes de los responsables, los de los menores ó que están bajo interdiccion judicial en los de los tutores, de las mugeres casadas en los de sus maridos, serán inscritos presentándose dos carpetas, que tan solo contengan: 1.º El nombre, apellido, profesion y domicilio real del acreedor, y el domicilio que elija ó sea elegido para dentro de la demarcacion. 2.º El nombre, apellido, profesion, domicilio ó designacion clara del deudor. 3.º La naturaleza de los derechos que se quieren conservar, y el importe de su valor en cuanto á los objetos determinados, sin que sea preciso fijarlo respecto de los que son condicionales, eventuales ó indeterminados.»

Art. 2154. Las inscripciones conservan la hipoteca y el privilegio durante diez años, á contar desde el dia de su fecha; cesa su efecto, si no han sido renovadas antes de espirar aquel término.»

Art. 2155. «Los gastos de las inscripciones son de cargo del deudor, si no hay estipulacion contraria; debe anticiparlos el que requiere la inscripcion, menos en las hipotecas legales, por cuya inscripcion puede el conservador reclamarlos del deudor. Los gastos de la trascripcion, que puede ser requerida por el vendedor, son de cargo del comprador.»

Art. 2156. «Las acciones á que pueden dar lugar las inscripciones contra los acreedores, serán instauradas en el tribunal competente por citacion que se les haga en sus personas, ó en el último de los domicilios que hayan elegido en el registro, aunque hayan fallecido los mismos acreedores, ó aquellos en cuyas casas eligieron el domicilio.»

CAPITULO V.

De la cancelacion y reduccion de las inscripciones.

Art. 2157. Las inscripciones seràn canceladas consintiéndolo las

partes interesadas y que tengan capacidad para ello, ó en virtud de sentencia dada en último grado, ó pasada en autoridad de cosa juzgada.»

Art. 2158. «En uno y otro caso, los que piden la cancelacion, depositan en el oficio del conservador traslado del instrumento auténtico espresivo del consentimiento, ó el de la sentencia.»

Art. 2159. «La cancelacion no consentida se pide al tribunal en cuyo territorio se hizo la inscripcion, á menos de haber sido hecha para seguridad de una condenacion eventual ó indeterminada, sobre cuya ejecucion y liquidacion están en pleito ò deben ser juzgados en otro tribunal el deudor y el pretendido acreedor, en cuyo caso debe remitirse al tal tribunal la demanda de cancelacion. Sin embargo, el convenio hecho entre el acreedor y el deudor de haber de ponerse la demanda en cierto y determinado tribunal, caso de haber contestacion, será ejecutado.»

Art. 2160. «Los tribunales mandaràn la cancelacion, cuando la inscripcion haya sido hecha sin estar fundada en la ley ó en un título, ò cuando ha sido hecha en virtud de un título irregular ó estinguido, ó cuando los derechos de privilegio ò hipoteca han desaparecido por vias legales.»

Art. 2161. "Siempre que las inscripciones tomadas por un acreedor que segun la ley tenia derecho á tomarlas sobre los bienes presentes ó futuros de un deudor, sin convenio que los limitase, hayan comprendido mas bienes ó posesiones que las necesarias para la seguridad de los créditos, puede el deudor pedir la reduccion de las inscripciones ó su cancelacion en la parte que escede de la conveniente proporcion; y se siguen en ello las reglas de competencia establecidas en el artículo 2159. La disposicion de este artículo no se aplica á las hipotecas convencionales.»

Art. 2162. «Son reputadas como escesivas las inscripciones cuando recaen sobre varias posesiones, y el valor de alguna ò algunas de estas escede en mas de un tercio, y en bienes libres el importe de los créditos en capital y sus accesorios legales.»

Art. 2163. «Pueden tambien ser reducidas como escesivas las inscripciones tomadas por la valuacion que hizo el acreedor de los créditos que en punto á la hipoteca que habia de establecerse para su seguridad no fueron arreglados por el contrato, y que por su naturaleza son condicionales, eventuales ó indeterminados.»

Art. 2164. «En este caso los jueces arbitrarán el esceso, atendidas las circunstancias, las probabilidades de alternativas y las presunciones de hecho, procurando conciliar los derechos verosímiles del acreedor con el interés que tiene el deudor en que se le conserve un crédito razonable, sin perjuicio de tomar nuevas inscripciones con hipoteca, que principiará con la fecha de aquella si resultare despues ser mayor el importe ò suma de los créditos indeterminados.»

Art. 2165. «El valor de los inmuebles, que ha de compararse con el de los créditos y un tercio mas de estos, se determina por quince rentas segun el valor dado á ella en la matriz del rol ó registro de la contribucion territorial, ó indicado por la cuota de contribucion en el registro, segun la proporcion que ecsiste en las municipalidades,

donde estan sitos los bienes entre esta matriz ó cuota y la renta, por lo tocante á los inmuebles no sujetos á degradacion, decuplándose este valor en los que pueden deteriorarse. Sin embargo, los jueces podrán ademas ilustrarse con los datos que resulten de arriendos no sospechosos, con las diligencias formales de tasacion que se hayan practicado antes y en épocas recientes, ú otros documentos semejantes, y dar á la renta un valor medio segun el resultado de estos diferentes datos.»

CAPITULO VI.

Del efecto de los privilegios é hipotecas contra los terceros poseedores.

Art. 2166. «Los acreedores que tienen privilegio ò hipoteca inscrita sobre un inmueble, lo siguen teniendo, á cualesquiera manos que pase, para ser graduados y pagados por el órden de sus créditos ó inscripciones.»

Art. 2167. «Si el tercer poseedor no llena las formalidades que luego se espresaràn para purgar su propiedad, queda, por el solo efecto de las inscripciones, obligado como poseedor ó detentor á todas las deudas hipotecarias, y goza de los términos y dilaciones concedidas al deudor originario.»

Art. 2168. «El tercer poseedor està obligado en el mismo caso á pagar todos los intereses y capitales ecsigibles, sea cualquiera su importe, ó á abandonar sin reserva alguna el inmueble hipotecado.»

Art. 2169. «No satisfaciendo el tercer poseedor á una de estas obligaciones, cada acreedor hipotecario tiene derecho de hacer vender el inmueble hipotecado treinta dias despues de haberse mandado al deudor originario, y haberse intimado al tercero el pago de la deuda ecsigible, ó el abandono de la hipoteca.»

Art. 2170. «Sin embargo, el tercer poseedor que no esté obligado personalmente á la deuda, puede oponerse á la venta de la finca hipotecada que le ha sido trasferida, si el principal ò principales obligados poseen otros inmuebles hipotecados á la misma deuda, y requerir su prévia escusion en la forma establecida en el título *de la fianza*: durante la escusion se sobresee en la venta de la finca hipotecada.»

Art. 2171. «La escepcion de escusion no puede oponerse al acreedor privilegiado ò que tenga hipoteca especial en el inmueble.»

Art. 2172. «En cuanto al abandono ó desprendimiento de la finca por razon de la hipoteca, puede ser hecho por todo tercer posedor que no esté obligado personalmente á la deuda, y que tenga capacidad para enagenar.»

Art. 2173. «Puede ser hecho el abandono aun despues que el tercer poseedor haya reconocido la obligacion, ó sido condenado únicamente bajo aquel concepto: el abandono no impide que hasta la adjudicacion de la finca pueda el tercero quedarse con ella, pagando toda la deuda y los gastos ocasionados.»

Art. 2174. «El abandono por razon de hipoteca se hace en la escribanía del tribunal en cuyo territorio estan sitos los bienes, y se dá auto y certificacion de ello por el tribunal. A peticion del mas diligente de los interesados se nombra á la finca abandonada un acreedor,

contra quien se persigue la venta en la forma prescrita para los bienes de espropriacion.»

Art. 2175. «Las deterioraciones que proceden de hecho ó negligencia del tercer poseedor en perjuicio de los acreedores hipotecarios ó privilegiados, dan lugar contra él á una accion de indemnidad; pero él no puede repetir las espensas y mejoras sino en cuanto por ellas se ha aumentado el valor de la finca.»

Art. 2176. «El tercer poseedor no debe los frutos de la finca hipotecada sino desde el dia en que se le intimò que pagase ò la abandonase, y si las diligencias principiadas han sido abandonadas por el espacio de tres años, desde la nueva intimacion que se le haga.»

Art. 2177. «Las servidumbres y otros derechos reales que tenia el tercero sobre la finca antes de entrar à poseerla, renacen despues del abandono ó adjudicacion de aquella. Sus acreedores personales, despues de todos los que estan inscritos sobre los precedentes propietarios, ejercen su derecho de hipoteca en el lugar conveniente sobre la finca abandonada ò adjudicada.»

Art. 2178. «El tercer poseedor que ha pagado la deuda hipotecaria, ó abandonado la finca hipotecada, ó sufrido la espropriacion de ella, tiene contra el deudor el recurso de garantía ó eviccion que le competa por derecho.»

Art. 2179. «El tercer poseedor que quiera purgar su propiedad pagando el precio de ella, observará las formalidades establecidas en el capítulo VIII de este título.»

CAPITULO VII.

De la estincion de los privilegios é hipotecas.

Art. 2180. «Los privilegios é hipotecas se estinguen:

1.° Por la estincion de la obligacion principal.

2.° Por renunciar el acreedor á la hipoteca.

3.° Llenándose las formalidades y condiciones prescritas á los terceros poseedores para purgar los bienes que han adquirido.

4.° Por la prescripcion; el deudor la adquiere en cuanto à los bienes que posee, por el tiempo fijado para la prescripcion de las acciones que dan privilegio ò hipoteca. En cuanto á los bienes poseidos por un tercero, éste los prescribe por el tiempo señalado para la prescripcion de la propiedad: siempre que la prescripcion supone un título, no comienza á correr sino desde el dia en que ha sido tomada razon de él en los registros del conservador. Las inscripciones tomadas por el acreedor no interrumpen el curso de la prescripcion establecida por la ley en favor del deudor ó tercer poseedor.»

CAPITULO VII.

Del modo de purgar las propiedades de los privilegios é hipotecas.

Art. 2181. «Los contratos traslativos de la propiedad de los inmuebles ò derechos reales reputados tales, que los terceros poseedo-

res quieran purgar de privilegios é hipotecas, serán trasladados íntegramente por el conservador de las hipotecas en cuya demarcacion estén sitos los bienes. Esta copia ó traslado se hará en un registro destinado á este intento, y el conservador tendrá obligacion de dar noticia de él à cualquiera que la requiera.»

Art. 2182. «La simple copia ò trascripcion de los títulos traslativos de propiedad en el registro del conservador no purga las hipotecas y privilegios establecidos sobre el inmueble. El vendedor no trasmite al comprador sino la propiedad y los derechos que él mismo tenia en la cosa vendida; pero los trasmite con la afeccion de los mismos privilegios é hipotecas con que estaba gravada.»

Art. 2183. «Si el nuevo propietario quiere ponerse à cubierto de los efectos de las persecuciones autorizadas en el capítulo 6.° de este título, està obligado antes de entablarse aquellas, ó á mas tardar dentro de un mes á contar desde que se le ha hecho la primera intimacion, à notificar á los acreedores en los domicilios que hubieren elegido en sus respectivas inscripciones: 1.° Un estracto de su título que contenga solamente la fecha y calidad del acto ó instrumento, el nombre y designacion clara del vendedor ó donador, la naturaleza y situacion de la cosa vendida ò donada; y si se trata de un cuerpo de bienes, la denominacion general solamente de la hacienda ó estado y de los distritos en que está sita, el precio y cargas que hacen parte del precio de la venta, ó la valuacion de la cosa, si ha sido donada. 2.° Un estracto de la transcripcion ó traslado de la escritura de venta; 3.° Un estado ó prospecto en tres columnas, de las cuales la primera contendrá la fecha de las hipotecas y de las inscripciones, la segunda el nombre de los acreedores, la tercera el importe de los créditos inscritos.»

Art. 2184. «El comprador ó donatario declarará al mismo tiempo y acto de notificar à sus acreedores que está pronto á pagar desde luego las cargas y deudas hipotecarias, pero únicamente hasta donde alcance el precio de la cosa, sin distincion de deudas ecsigibles ó no ecsigibles.»

Art. 2185. «Cuando el nuevo propietario haya hecho esta notificacion en el término fijado, todo acreedor cuyo título esté inscrito puede requerir que el inmueble sea subastado y adjudicado públicamente; pero á condicion ó con la carga, 1.° que esta demanda ó requisicion se harà saber al nuevo propietario dentro de cuarenta dias, á mas tardar, desde la notificacion hecha por el mismo al acreedor, añadiendo dos dias por cada cinco miriámetros (unas trece leguas españolas) de distancia entre el domicilio elegido y el domicilio real de cada uno de los acreedores requirentes: 2.° Estos se obligarán à subir ó hacer subir el precio á la décima sobre el estipulado en el contrato, ó declarado por el nuevo propietario: 3.° Igual intimacion y en el mismo término se hará al anterior propietario y deudor principal. 4.° Que el original y copias de estas instituciones serán firmadas por el mismo acreedor requirente, ò por su procurador con poder especial, el que en este caso deberà ademas dar copia de su poder. 5.° Deberá afianzar por el importe del precio y de las cargar. Todo esto só pena de nulidad.»

Art. 2186. «No habiendo requerido los acreedores la subasta del

inmueble en el término y formas prescritas, el precio de éste queda fijo definitivamente al estipulado en el contrato ó declarado por el nuevo propietario, quien por consecuencia queda libre de todo privilegio é hipoteca, pagando el dicho precio á los acreedores que tengan mejor derecho á recibirlo, ó consignàndolo.»

Art. 2187. «En caso de subastarse el inmueble, la venta se hará con las solemnidades establecidas para las espropriaciones forzadas, bien sea á instancia del acreedor que haya requerido la venta, ò del nuevo propietario. El que inste por ella, manifestarà en los anuncios ó carteles el precio estipulado en el contrato ó declarado, y ademas la suma que haya pujado el acreedor, ú obligádose à que se pujará.»

Art. 2188. «El adjudicatario, á mas de pagar el precio de la adjudicacion, está obligado á restituir al comprador ó donatario desposeidos los gastos y costas de su contrato, los de la trascripcion en los registros del conservador, los de notificacion y demas que haya hecho para efectuar esta venta.»

Art. 2189. «El comprador ó donatario que conserva el inmueble sacado á subasta, haciendo la última puja, no està obligado à hacer trascribir el juicio de adjudicacion.»

Art. 2190. «El desistimiento del acreedor que requirió la subasta, aun cuando el tal acreedor pague el importe ó esceso á que se sometió, no puede impedir la adjudicacion pública; á menos que consientan espresamente en ello todos los otros acreedores hipotecarios.»

Art. 2191. «El comprador á cuyo favor se haya hecho la adjudicacion, tendrá el correspondiente recurso de derecho contra el vendedor para que le reembolse lo que ha pagado de mas sobre el precio estipulado en el contrato, y los intereses de este esceso, á contar desde el dia de cada uno de los pagos.»

Art. 2192. «Cuando el título del nuevo propietario comprenda muebles é inmuebles, ó varios inmuebles, los unos hipotecados, los otros no, situados en el mismo ó en diferentes distritos de oficios de hipotecas, enagenados por un solo mismo precio ò por precios distintos y separados, sometidos ó no al mismo cultivo ú esplotacion, el precio de cada inmueble sobre el que se haya tomado inscripcion particular y separada, será declarado en la notificacion del nuevo propietario, valuándolo en caso necesario por el precio total espresado en el título ó contrato. El acreedor que puje no podrá en caso alguno ser precisado á estender su sumision (véase artículo 2185) á lo mueble, ni aun à otros inmuebles que los hipotecados á la seguridad de su crédito y situados en el mismo distrito; quedando salvo al nuevo propietario el derecho de reclamar de sus autores la indemnizacion de los perjuicios que se le sigan, bien de la division de los objetos de su adquisicion, bien de la de sus cultivos ó esplotaciones.»

CAPITULO IX.

Del modo de purgar las hipotecas cuando no ecsisten inscripciones sobre los bienes de los maridos y tutores.

Art. 2193. «Los que adquieran inmuebles pertenecientes á ma-

ridos ó tutores, cuando no ecsistan inscripciones sobre los dichos inmuebles en razon de la administracion del tutor, ò de la dote y haber de la muger por capitulaciones matrimoniales, podrán purgar las hipotecas que ecsistan sobre los bienes por ellos adquiridos.»

Art. 2194. «A este efecto depondràn una copia debidamente cotejada del contrato traslativo de propiedad en la escribanía del tribunal civil del lugar en que estén sitos los bienes, y probarán haber hecho este depósito por diligencia, que se hará saber tanto á la muger ó tutor subrogado, como al procurador del rey en aquel tribunal. Se fijará y quedará de manifiesto por el espacio de dos meses en la audiencia ò estrados del tribunal un estracto del contrato, espresando su fecha, los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los contrayentes, la designacion de la naturaleza y situacion de los bienes, el precio y otras cargas de la venta: durante los dos meses, las mugeres, los maridos, tutores y subrogados, los menores ó que estàn bajo interdiccion judicial, los parientes ó amigos y el procurador del rey seràn admitidos á requerir, si ha lugar, y á hacer en el oficio del conservador de las hipotecas, inscripciones y sobre el inmueble enagenado, las cuales tendràn el mismo efecto que si hubieran sido hechas en el dia del contrato matrimonial, ó en el que el tutor entró á administrar la tutela; sin perjuicio de las reclamaciones que puedan tener lugar contra los maridos y tutores, segun se ha dicho arriba, en razon de las hipotecas que hayan consentido á favor de terceros sin haberles declarado que los inmuebles estaban ya gravados con hipoteca á causa del matrimonio ó tutela.»

Art. 2195. «Si durante los dos meses de la esposicion del contrato no se ha hecho inscripcion en nombre de las mugeres, menores ó puestos bajo interdiccion judicial sobre los inmuebles vendidos, pasan estos al comprador sin ninguna carga por razon de la dote y capitulaciones matrimoniales de la muger ó de la administracion del tutor, y salvos los recursos cuando haya lugar contra el marido y el tutor. Si se han tomado inscripciones en nombre de las dichas mugeres, menores ò sujetos à interdiccion judicial, ó si ecsisten acreedores anteriores que absorven el precio en su totalidad ó en parte, el comprador queda libre del precio ó de la parte del precio que haya pagado á los acreedores con derecho à percibirlo; y las inscripciones hechas á nombre de las mugeres, menores ó puestos bajo interdiccion judicial, serán canceladas, ó en totalidad ó hasta el importe de lo pagado. Si las inscripciones por parte de las mugeres, menores ó de los que están bajo interdiccion judicial son mas antiguas, el comprador no podrá hacer pago alguno del precio en perjuicio de las dichas inscripciones, que tendrán siempre segun se ha dicho la fecha del contrato matrimonial, ò de la entrada del tutor en la administracion; y en este caso, serán canceladas las inscripciones de los otros créditos de peor derecho y lugar.»

CAPITULO X.

De la publicidad de los registros y de la responsabilidad de los conservadores.

Art. 2196. «Los conservadores de las hipotecas estan obligados á dar á cuantos lo pidan, copia de los instrumentos trasladados en sus registros, y de las inscripciones subsistentes, ó certificacion de que no ecsiste ninguna.»

Art. 2197. «Los conservadores son responsables de los perjuicios que resulten: 1.º De haberse omitido en sus registros las trascripciones ó traslados de los instrumentos de mudanza de dominio, y las inscripciones requeridas en sus oficios: 2.º De no haberse hecho mencion en sus certificados de alguna ó algunas de las inscripciones ecsistentes, á menos, que en este último caso proceda el error de la insuficiencia de las designaciones, que no pueda imputárseles»

Art. 2198. «El inmueble respecto del que haya omitido el conservador en sus certificados uno ó varios de los gravámenes inscritos, queda, sin perjuicio de la responsabilidad del conservador, libre de ellos en las manos del nuevo poseedor, con tal que este haya requerido el certificado despues de la trascripcion de su título; sin perjuicio no obstante del derecho de los acreedores de hacerse graduar segun el derecho que les corresponde mientras que el comprador no ha pagado el precio, ó que la graduacion hecha entre los acreedores no ha sido homologada.»

Art. 2199. «En ningun caso pueden los conservadores rehusar ni retardar la trascripcion de los instrumentos de mudanza de dominio, la inscripcion de los derechos hipotecarios, ni la entrega de las certificaciones que se les pidan, sopena de responder à las partes de los daños é intereses; para este efecto, requiriéndolo los peticionarios, el alguacil audiencero (portero de estrados) del tribunal, ú otro cualquier alguacil ó notario asistido de dos testigos, estenderán *incontinenti* la diligencia de la negativa ó retardo.»

Art. 2200 «Sin embargo, los conservadores estarán obligados à tener un registro en el que inscribirán diariamente y por órden numérico las entregas que se les hagan de instrumentos de mutacion de dominio para ser trasladados, ó de carpetas para su inscripcion; darán al requirente un conocimiento ó recibo en papel sellado con el número del registro en el que se ha hecho la inscripcion, y no podràn ni trasladar los instrumentos de mudanza de dominio, ni inscribir las carpetas en los registros destinados á este efecto sino con la misma fecha y por el òrden que se les hagan las entregas.»

Art. 2201. «Todos los registros de los conservadores estarán en papel sellado, foliados y rubricados en cada página, por primera y última, por uno de los jueces del tribunal en cuya demarcacion se halle establecido el oficio. Los registros serán cerrados diariamente como los del traslado de los instrumentos.»

Art. 2202. «Los conservadores quedan obligados á conformarse en el ejercicio de sus funciones á todo lo dispuesto en este título,

bajo la pena de una multa de doscientos á mil francos por la primera contravencion, y de destitucion por la segunda, sin perjuicio de los daños é intereses de las partes, que serán pagados antes que la multa.»

Art. 2203. «Las menciones de depósitos, las inscripciones y traslados se harán en los registros de seguida, sin ningun blanco ni interlineado, sopena contra el conservador de mil á dos mil francos de multa, y de los daños é intereses á las partes, que serán tambien pagados con preferencia á la multa.

Manifestacion de los motivos de la ley relativa á los privilegios è hipotecas, por el consejero de Estado Treilhard.

«Legisladores: El sistema hipotecario ha ocupado sucesivamente à todas las asambleas representativas desde 1789.

«La medida que debe afianzar la eficacia de las transacciones, y proteger igualmente al ciudadano que pide prestado y al que puede darlo, merecia en efecto fijar el cuidado de la nacion.

«Todas las relaciones que unen à los hombres entre sí están fundadas, ó en la necesidad, ó en el placer, que es tambien una especie de necesidad.

"¿Cuál es pues la primera atencion de dos personas que mútuamente contratan? El asegurar la ejecucion de sus compromisos, que desde luego suponen la intencion y encierran la promesa de cumprirlos; pero no siempre es sincera la promesa, y pueden los medios no corresponder á la intencion.

«Conciliar el crédito mas estenso con la mayor seguridad: hé aquí el problema que debemos resolver.

«Si las partes conociesen su situacion respectiva, ni obtendria la una mas de lo que mereciese, ni la otra concederia sino lo que pudiere conceder sin peligro, y en ninguna de ellas se encontraria, ni reserva importuna, ni sorpresa incómoda.

«Entonces habremos conseguido todo lo que desean, todo lo que pueden desear los hombres de buena fé, aunque de ello le pese à la mala, lo que sería una prueba mas en favor de la medida, cuando encontremos un medio de ilustrar à cada ciudadano sobre el verdadero estado de aquel con quien contrae.

«Vosotros juzgareis, legisladores, hasta que punto ha logrado acercarse el gobierno al objeto que debió proponerse; no ha pretendido, ni vosotros lo esperais, un grado de perfeccion ageno de la naturaleza humana: la mejor ley es la que evita mas abusos, puesto que no nos es dado destruirlos todos; pero cuanto se puede esperar de las investigaciones mas esquisitas y de la meditacion mas profunda lo encontrareis en el proyecto, y me complazco en reconocer que esto se debe en gran parte á las oficiosas comunicaciones con los miembros del tribunado.

«La hipoteca afecta á un inmueble al cumplimiento de una obligacion: si el contrayente no fuese propietario, ó, lo que es lo mismo, si este inmueble estuviese ya ligado à obligaciones anteriores, la hipoteca sería ilusoria, y carecerian de seguridad las convenciones.

No hay legislador que advertido de este inconveniente no haya procurado ponerle remedio. Los griegos acostumbraban marcar los bienes empeñados con signos visibles que librasen á los acreedores de toda sorpresa: en Roma parece que se conoció y practicó este mismo uso; pero se abusaba tambien de semejante precaucion: bueno es que las partes que contraen conozcan respectivamente su situacion, pero no es igualmente de necesidad proclamarlo, permitásenos esta espresion, por carteles, y participarlo á cada instante aun á las personas mismas que ningun interés tienen en saberlo.

«Esta costumbre debia desaparecer, y efectivamente desapareció; despues fué suficiente la estipulacion para hipotecar un inmueble, aun cuando la hipoteca estuviese ligada de pleno derecho á cualquiera obligacion auténtica.

«Se reparaba un mal con otro mayor. Los signos con que se marcaba la finca afectada, no incomodaban sino al propietario, cuya situacion se hacia demasiado pública; tenian al menos la ventaja de encomendar prudencia y reserva á todos los ciudadanos que contrajesen con él.

«Pero la hipoteca dada por actos ocultos no prestaba ninguna garantía contra la mala fé.

«El hombre que parece que proporciona mas seguridades es frecuentemente el que dá menos, y la hipoteca adquirida por un ciudadano honrado y modesto se encontraba disuelta y era vana por una multitud de hipotecas anteriores, cuya ecsistencia ni aun sospechar habia podido.

«De aquí nacian discusiones multiplicadas y ruinosas, cuyo efecto mas frecuente era devorar la prenda de los acreedores, despojados igualmente que el deudor mismo.

«Vanos eran los recursos que las leyes suministraban contra tantos males. El acreedor podia hacer declarar al deudor que sus bienes eran libres; y si la declaracion era falsa, habia entonces el apremio personal contra el deudor; pero no siempre se ecsigia esta declaracion, y aunque se ecsigiese, jamás se hacia con respecto al acreedor de la prenda que habia desaparecido.

«¡Qué de quejas habemos oido contra este régimen desastroso!

«Henrique III en 1581, Henrique IV en 1606, Luis XIV en 1673, quisieron dar á las hipotecas el grado de publicidad necesario para la seguridad de los contrayentes: ¿por qué pues no se llevó á efecto tan laudable deseo? La causa de esto es conocida; los poderosos veian desvanecerse su funesto crédito; no podian en adelante absorver la fortuna de los ciudadanos crédulos, que, juzgando por la apariencia, suponian siempre la realidad donde encontraban esplendor. Sin duda cohonestaron con bellos pretestos los motivos de ataque contra las saludables medidas que se habian propuesto: segun ellos decian, estaban contaminadas de espíritu fiscal; el crédito de los poderosos contribuia al brillo del trono; debilitar este brillo era disminuir el respeto de los pueblos: por otra parte, los esfuerzos de una clase de hombres acostumbrados á confundir el hábito con la razon, y el grito de los prácticos que defendian su presa, confirmaron las quejas de los cor-

tesanos: las medidas tomadas contra la mala fé no produjeron efecto alguno.

«Asi se prolongó el uso de la hipoteca tácita. Tal vez no se dejaba sentir este mal en los lugares en que la falta de comunicacion y de comercio tenia, por decirlo asi, las fortunas en un estado absoluto de estagnacion, porque una venta, un préstamo, son allí sucesos que nadie ignora; pero en otra parte cualquiera la buena fé era casi siempre víctima del fraude y de la impudencia.

«El edicto de 1771 dió á los compradores de inmuebles un medio de conocer las hipotecas con que estaban gravados, y de pagar el precio de su adquisicion sin correr el riesgo de ser inquietados en lo sucesivo.

«Las letras de ratificacion fueron sustituidas por el edicto de 1771 à los decretos voluntarios; estas dos medidas adolecian de la misma insuficiencia, pues que no proporcionaban á los contrayentes medio alguno para conocer su estado.

«Con todo, este edicto no atacaba el mal en su raiz. La publicidad de la hipoteca no se hallaba establecida, se ofrecia solamente un medio de acelerar la escusion de los bienes del deudor, y de hacer conocer algo mas pronto á los acreedores, quiénes de ellos venian á ser las víctimas; los hombres inmorales, acostumbrados á darse tono por su fasto y aire de seguridad, tenian siempre la misma facilidad de engañar á los hombres crédulos y precipitarlos en el abismo.

«En las provincias de Francia que para dicha suya gozaban de una legislacion mas sana sobre esta materia, los parlamentos opusieron á la publicacion del edicto de 1771 aquella resistencia, que aunque á la verdad procedia de un vicio en la forma de gobierno, sin embargo en el estado en que entonces se vivia produjo mas de una vez resultados ventajosos.

«El parlamento de Flandes declaró que miraba *la publicidad de las hipotecas como la obra clásica de la sabiduria, como el sello, apoyo y seguridad de las propiedades, como un derecho fundamental cuyo uso habia producido los mejores efectos, y habia establecido tanta confianza como facilidad en los negocios que hacian entre sí los pueblos belgas. Por este medio eran conocidos todos los gravámenes é hipotecas; nada era mas fácil que asegurarse del estado de cada finca por la inspeccion de los registros.*

«*Las hipotecas* (añadia el Parlamento) *se conservan del mismo modo en los Paises-Bajos franceses, austríacos, holandeses, y en el pais de Lieja, y los pueblos de estos diferentes dominios hacen entre sí una infinidad de negocios con una entera confianza.*

«¿Créese por ventura haber debilitado el peso de esta autoridad, fundada en la esperiencia de tantos siglos y de tantos pueblos, cuando se ha dicho que las solemnidades usadas en Flandes estaban enlazadas con el sistema feudal tan justamente proscrito?

«En nuestra antigua legislacion francesa no se podia adquirir el derecho de propiedad ó hipoteca sobre bienes raices sino por la via de entrega ó apoderamiento; el comprador ó acreedor eran puestos en posesion, bien por los oficiales del señor, bien por los jueces reales en cuyo territorio radicaba la finca vendida ó hipotecada.

«Estas formalidades, que despues se creyeron inútiles, no se conservaron sino en algunas provincias regidas por costumbres; el apoderamiento se hacia en ellas por ante los jueces; pero tan lejos de ser esto un accesorio de la feudalidad, habia cesado de practicarse en la mayor parte de la Francia, que sin embargo continuó sujeta al yugo feudal; y Luis XV, que seguramente no queria suavizar este yugo, pretendió no obstante por su edicto de junio de 1771 y por su declaracion de 17 de junio del año siguiente, abolir en todas partes el uso de las entregas ò apoderamientos.

«Césese pues de querer desacreditar el sistema de publicidad de hipotecas con el disfavor en que ha incurrido el sistema feudal, totalmente estraño del objeto que nos ocupa.

«Gemíase todavía bajo el imperio de la hipoteca oculta, cuando la Francia se despertó de un largo letargo; no hizo mas que quererlo, y esto bastó para que al instante mismo se desplomase una vieja masa de errores, que desde mucho tiempo se sostenia solo por un respeto habitual, del que nadie se habia pedido ni dado cuentas. *Dichosos nosotros si genios maléficos no hubieran estraviado algunas veces nuestra marcha, y si cada dia, testigo de la ruina de alguna institucion envilecida, hubiera podido tambien verla reemplazada por otra institucion mas sana.»*

«Todos los ramos de la legislacion fueron entonces sometidos á la discusion. Todas las asambleas políticas se ocuparon del régimen hipotecario: la ley del 11 de brumario fue el final resultado de las investigaciones mas profundas y de las mas vivas discusiones.

«No entro á ecsaminar en este momento los pormenores de ella; bástame el anunciar que descansa sobre dos bases, la publicidad y la especialidad; es decir, que segun esta ley, un depósito público encierra todos los gravámenes de la finca, y que los gravàmenes deben ser especiales, á fin de que el acreedor pueda asegurarse del valor y de la libertad de aquella. Tal era vuestro derecho antiguo, conservado felizmente en algunas provincias; derecho que muchas veces se quiso, aunque en vano, restablecer; por el que Colbert habia trabajado, y que los autores mas instruidos en esta materia habian provocado; cuyas ventajas no fue posible desconocer aun en el momento mismo que sucumbia bajo la intriga, y que por fin se habia conservado en algunas provincias, à pesar del edicto de 1771.

|| «En el edicto de abril de 1674, supresivo de los oficios de registro ó toma de razon creados por el edicto de marzo de 1673, se lee: aunque nuestros súbditos *puedan esperimentar muy grandes ventajas de su ejecucion, sin embargo, como* ordinariamente sucede que los reglamentos mas útiles encuentran algunas dificultades *en su primer establecimiento*, y como en este las hay que no pueden ser superadas *en un tiempo en que estamos obligados á convertir nuestra principal atencion á los negocios de la guerra* &c» ||

«Las bases de la ley que propone el gobierno son las de la ley de 11 de brumario: nosotros habemos tomado un justo medio entre el uso de aquellos signos esteriores puestos en las fincas gravadas, que ponian á todos los instantes y á la vista de todos la situacion aflictiva de un ciudadano, y aquella funesta obscuridad que entregaba sin defensa la buena fé á la intriga y à la perversidad.»

Art. 2134. «Los instrumentos que produzcan hipoteca serán inscritos en un registro, y las personas interesadas podrán cerciorarse si la hipoteca ó finca que se les propone es libre, ó hasta que punto puede ser gravada.»

«¿Pero no debe sufrir este mismo principio algunas modificaciones? Hay pocas mácsimas que sean igualmente buenas y aplicables á todos los casos. Generalmente hablando, todos los sistemas tienen por base alguna verdad; el que no descansara sino sobre errores seria poco temible, y muy escaso el número de sus partidarios: la mezcla sagazmente combinada del error con la verdad es la realmente peligrosa, y todo se echa á perder por la ecsajeracion de las consecuencias. ¿Cuánta sagacidad no se necesita mas de una vez para discernir lo verdadero de lo aparente, y para encerrar la aplicacion de un principio dentro de sus justos límites? Ecsaminemos pues si la falta de inscripcion debe impedir necesariamente en todos los casos los efectos de la hipoteca.»

"La hipoteca puede constituirse de tres maneras.»

Art. 2117. «Dos personas se dan respectivamente en una escritura pública seguridades para la firmeza y garantía de sus convenciones. Esto es el caso mas frecuente; hé aqui la hipoteca convencional.»

"Consigue alguno que otro contra quien litiga sea condenado: las sentencias tienen un carácter que no permite darles menos fuerza y efectos que á un instrumento auténtico; hé aqui la hipoteca judicial."

"En fin, hay otra especie de hipoteca que la ley sola da á ciertas personas ó establecimientos que merecen una proteccion especial; hé aqui la hipoteca legal."

Art. 2134. "Es preciso dar publicidad á la hipoteca convencional por medio de la inscripcion, á fin de que no pueda engañarse contínuamente á los ciudadanos dándoles en seguridad fincas gravadas ya con deudas anteriores por cien veces mas de lo que valen."

Art. 2129. "Esta hipoteca no puede afectar sino los bienes que los contrayentes han sujetado espresa y especialmente á ella, porque ellos solos son los jueces competentes de las seguridades que necesitan: la formalidad de la inscripcion nunca puede dañarles, y el órden público la reclama para el bien de la sociedad.»

Art. 2123. "La hipoteca judicial debe tambien hacerse pública por la inscripcion; no hay motivo razonable para ecsimirla de ella; pero es justo que el que ha obtenido una condenacion pueda tomar su inscripcion en cada uno de los inmuebles pertenecientes al condenado, aun en los que pueda adquirir en lo sucesivo, caso de serle esto necesario para la completa ejecucion de la sentencia que ha conseguido.»

«No puede decirse en este caso, como en el de la hipoteca convencional, que las partes han arreglado ó fijado la medida de su seguridad: los tribunales condenan, y sus sentencias son ejecutivas en todos los bienes del condenado.»

Art. 2121. «En cuanto á la hipoteca legal, se concede á tres clases de personas.

A las mugeres, en los bienes de los maridos para la conservacion de sus dotes y demas que puedan reclamar por capitulaciones matrimoniales.

A los menores y otros que están bajo interdiccion judicial, en los bienes de los tutores por lo tocante á su administracion;

A la nacion, á los ayuntamientos y á los establecimientos públicos, en los bienes de sus recaudadores y administradores responsables.»

Art. 2122. «Desde luego se ofrece una observacion aplicable á estas tres especies de hipotecas. Como todas tres resultan de la ley, no deben producir menores efectos que la hipoteca judicial, que resulta de las sentencias: podrà por lo tanto, y en tésis general, estenderse la hipoteca legal á todos los bienes de los maridos, tutores y administradores.»

Art. 2135. «¿Pero serà necesaria la inscripcion para asegurar los efectos de la hipoteca legal?»

«En este punto habemos creido que se debia adoptar una distincion sacada de la diferente posicion de aquellos à quienes la ley concede esta hipoteca.»

«La muger, los menores, los puestos bajo interdiccion se encuentran en una impotencia de obrar que muchas veces no les permitiria llenar las formalidades à que la ley imprime el carácter de publicidad; ¿perderán ellos su hipoteca por no haberlas llenado? ¿Sería justo castigarlos por una falta que no sería de ellos?»

«¿El marido y tutor, à quienes incumbe tomar inscripcion sobre sus propios bienes, no pueden tener interés en abstenerse de esta obligacion, aun sin suponerles que no tengan interés contrario al de su muger? ¿Y no pueden los menores hacerse culpables de negligencia? ¿Sobre quién recaerán el peso y consecuencias de la falta? Sobre el marido, se dirá, ó sobre el tutor, que sin dificultad son responsables de todas las consecuencias de sus prevaricaciones ò abandono. Pero el marido y el tutor pueden resultar insolventes, y en tal caso sería del todo inútil cualquier recurso contra ellos: ¿quién es pues el que se ha de ver reducido á este triste y estéril recurso; la muger, el menor ó los terceros, que viendo que no se han tomado inscripciones en los bienes del marido ó del tutor, han contraido sin embargo con ellos?

«Nosotros habemos pensado que ni la muger ni el menor deben perder su hipoteca porque no hayan tomado las inscripciones los que estaban obligados á tomarlas; y habemos sido conducidos á este resultado por una consideracion que, á nuestro entender, no admite réplica.»

«Las mugeres y los menores no pueden obrar; no puede pues hacérseles ningun cargo por la falta de inscripcion. ¿Pero podrá decirse otro tanto del que ha contraido con el marido ó el tutor? El ha debido informarse del estado de aquel con quien contraia; él ha podido saber si era casado ó tutor: á él pues debe reservársele el recurso contra el marido ó el tutor; y ni la muger ni el menor deben perder su hipoteca, puesto que son inculpables: asi no podrà alegarse contra ellos la falta de inscripcion. Es una innovacion hecha en las disposiciones de la ley de 11 de brumario; pero esta innovacion es una mejora que reclamaban las reglas de una ecsacta justicia.»

Art. 2136. «Por lo demas, al lado de esta disposicion que no permite oponer à las mugeres ni á los menores la falta de inscripcion ó toma de razon, habremos colocado todas las medidas coercitivas contra

los maridos y tutores para precisarlos á tomar las inscripciones que la ley ordena : si ha sido justo proteger la debilidad de los menores y de las mugeres, no ha sido menos conveniente y aun necesario proveer para que otros terceros no fuesen engañados.»

Art. 2139. «Los maridos y tutores que no hayan hecho las inscripciones mandadas por la ley, ni declarado á aquellos con quienes contraen los gravámenes á que están afectos sus bienes por razon de la tutela ó del matrimonio, seràn perseguidos como culpables de estelionato; los parientes de la muger y de los menores quedan encargados de velar para la toma de las inscripciones, y esta misma obligacion se impone al comisario del gobierno. En fin, nada se ha omitido para la debida seguridad de que los registros del conservador presenten al público el estado de las cargas á que estén afectos los bienes raices de los maridos y tutores: podemos esperar que nunca serán omitidas las inscripciones: mas si lo fuesen, no podria presumirse que el que contrajo con un casado ó con un tutor ignoraba su estado: él habria sabido que podian estar gravados los bienes de aquellos, aunque no hubiese encontrado vestigios de los gravámenes en los registros del conservador; y si no se condujo con la debida circunspeccion ó prevision, sobre él deben recaer las consecuencias de su imprudencia.»

«¿El favor inherente al estado de la muger casáda, de la menor edad ó de la interdiccion, ha debido tambien dispensarse á la nacion, á los ayuntamientos y establecimientos públicos? Nuestro parecer es que no. La ley les concede hipoteca en los bienes de sus agentes responsables; mas para tener el derecho de oponerla á otros terceros, es menester hacerla pública por la inscripcion en los bienes raices afectos al gravàmen.»

«Si las mugeres, los menores y los que estan bajo interdiccion judicial no pierden su hipoteca por la falta de inscripcion, es, como lo habemos ya dicho, á causa de que están en la impotencia de obrar, y que no deben ser castigados, puesto que no son culpables; esta escepcion les es peculiar y privativa.»

«La nacion tiene en todos los puntos de la república empleados á quienes no se puede suponer faltos de celo y de conocimientos: la eleccion del gobierno garantiza en ellos una inteligencia superior ó al menos igual á la inteligencia comun, y la vigilancia de los administradores principales aleja todo temor de que se descuiden ó adormezcan los agentes subalternos.»

«No plegue á Dios que yo desconoza todo el favor que se merece el tesoro público: que en un gobierno en que el pueblo fuese tenido por nada, en que la administracion cubriera sus operaciones con un velo impenetrable, en que la inversion de las rentas públicas fuese un profundo misterio, la sola palabra de fisco bastàra à inspirar desconfianza y espanto! esto puede ser: pero en un gobierno que no ejerce sino la autoridad legítima que le ha sido delegada por el pueblo, cuando la dacion anual de cuentas instruye á todos de las necesidades, de los recursos y de su inversion, el tesoro público goza necesariamente de un gran favor; pero no debe ser este llevado hasta el estremo de hacer del tesoro un ser privilegiado y revestido de derechos ecsorbitantes. Todo privilegio es incòmodo y sensible á los que no participan

de él; es ademas odioso cuando no es necesario; y nosotros no habemos encontrado razon alguna sin réplica para ecsimir de la necesidad de la inscripcion la hipoteca otorgada al tesoro en los bienes de los que le son responsables. Diré todavía mas; nunca fue menos necesario que en el régimen hipotecario actual un privilegio de esta especie; porque al fin no se tiene que consultar sino un registro para saber si la finca presentada en garantía es ó no libre, y los agentes del gobierno tienen tambien por la inspeccion de las listas de contribuciones un medio fàcil de conocer, al menos aprocsimadamente, el valor de la finca ó hipoteca.»

«Por lo tanto, no habemos debido proponer que se dispense al tesoro público de la necesidad de la inscripcion de las hipotecas en los bienes de los que le son responsables, y en adelante no gozarà en esta materia de ventaja alguna sobre los demas ciudadanos; el gobierno se honra con haber sentado este principio liberal en el código de la nacion, la que por los mismos motivos queda sujeta á las reglas ordinarias de la prescripcion. Despues de esto, ¿qué ciudadano podrá sentirse de observar una ley á que está sometido el mismo gobierno?

«Yo he creido, legisladores, que debia presentaros con alguna estension motivada las bases de la ley que se os propone; paso á hacerme cargo de las objeciones que se han hecho contra ella; cuando yo las haya rebatido, el proyecto quedará suficientemente motivado, porque una vez admitidos los principios, no pueden ponerse en disputa las consecuencias de su pormenor ó detalle.»

«Se ha opuesto desde luego al proyecto una pretendida tacha ó sombra de bursatilidad, la cual dicen que ha desviado ya muchas veces diferentes tentativas para establecer un depósito de los actos ó instrumentos que producen hipoteca. La tacha de bursatilidad la sacan de algunos derechos que se pagan por las transcripciones de los instrumentos.»

«Ahora os ruego que no confundais la medida propuesta con el modo de ejecucion.»

«¿Es buena la medida? Creo haberlo demostrado, y la objecion no supone lo contrario.»

«¿Pues qué se pretende luego cuando se denuncia la medida como bursátil? ¿Quiere decirse que la inscripcion deberia hacerse gratuitamente? Pero el gobierno tendria que asalariar en este caso à los empleados, lo que no podria hacer sino con los fondos que se le suministrasen, y sin imponer un tributo particular para este objeto.»

«¿Se intenta pues probar que seria preferible gravar con este impuesto á todos los ciudadanos, y no únicamente à las partes interesadas? mucho dificulto que esta opinion encuentre partidarios.»

«¿Por ventura que el derecho que se ecsija será demasiado crecido? Pero semejante cuestion no debe suscitarse en el proyecto que estais ecsaminando, porque no es un código civil el lugar propio para dar cabida à una disposicion bursàtil; este derecho debe establecerlo la ley, es decir, la autoridad que sanciona todas las contribuciones, y que, cualquiera que sea el caso, no debe conceder ni ciertamente concede sino lo que es necesario.»

«Es necesario pues desechar esta singular objeccion, que para impugnar una cosa buena en sí misma se funda en el abuso posible

en el modo de ejecutarla: como si esta ejecucion pudiese ser arbitraria de parte del gobierno.»

«Pero se ataca el sistema por su cimiento.»

«La medida de la inscripcion, han dicho, es insuficiente para llegar al fin que se ha propuesto, y lo es por muchos motivos.»

"¿En el espacio de tiempo que indispensablemente ha de ecsistir »entre el instante del otorgamiento y el en que se inscriba, no se po»drán hacer tantas inscripciones que absorvan ellas solas la totalidad »de la prenda. Luego el acreedor no tendrá ya mas seguridades."

"Por otra parte, si hay hipotecas no puede menos de ser inde»terminado: en la venta, por ejemplo, él se obliga à la eviccion: ¿cuál »será la medida de semejante obligacion, y cómo se podrá tomar una »inscripcion para asegurarse de su efecto?»

"Finalmente, si como es natural, todo acreedor desea la mayor seguridad, ecsigirà la afectacion de todos los bienes de su deudor, y la especialidad de la hipoteca no será mas que una quimera.»

«Refutemos parte por parte esta objecion, observando sin embargo que nada de cuanto acabais de oir combate el fondo del sistema, ni prueba que la publicidad de la hipoteca no sea buena en sí misma, ni que no sea de apetecer la especialidad; lo único que de ella resulta es que estas dos bases no producirán todo el bien que creiamos deber esperar.»

«No negaré la posibilidad de que llegue el caso en que algunos terceros, ya con buena fé, ya fraudulentamente, tomen inscripciones que tengan la ventaja de la anterioridad, entre el momento en que se celebra el contrato y aquel en que se hace la inscripcion.»

«Pero no se debe suponer que la persona que contraiga ocultará sus compromisos anteriores con una mentira que necesariamente se ha de descubrir al cabo de algunos dias.»

«Ademas de que nada hay tan fàcil como ponerse al abrigo de este improbabilísimo engaño: pueden convenirse en que el acto no produzca efecto hasta despues de pasado el término suficiente para obtener la inscripcion, y que sea nulo en el caso de que haya una anterior.»

«En fin, concediendo á la objecion toda la fuerza de que carece, resultaria que las partes pasarian algunos dias de inquietud, lo que es sin contradiccion preferible á la perpetua incertidumbre en que uno se halla en el sistema de las hipotecas tácitas.»

«En cuanto à las hipotecas indeterminadas ò condicionales, el argumento que se saca de su calidad no tiene mas consistencia que el anterior.»

«Nada impediria la toma de razon é inscripcion por créditos indeterminados, con lo que por lo menos quedarian ya advertidos los terceros de que la finca estaba afecta á obligaciones anteriores; esto seria una gran ventaja, porque regularmente se tomarian noticias sobre la estension de las obligaciones, y el que no las tomase habria de imputarse á sí mismo y à su propia negligencia los perjuicios que en adelante le resultasen.»

«¿Mas por qué no podria precisarse al acreedor que quiere inscribirse por una obligacion indeterminada, á declarar un valor estimativo, y á que haga la inscripcion con arreglo à él? Hé aquí resuelta la objecion ó argumento.»

Art. 2161. «Tal vez se diga que el acreedor hará una valoracion escesiva; en verdad que asi puede ser; pero esto se salva dando al deudor el derecho de pedir que se reduzca.»

«Esto es precisamente lo que se propone en el proyecto, dando á los tribunales reglas propias para conciliar el interes del acreedor ansioso de garantías, y el del deudor que no quiere dar mas que las necesarias.»

«Asi desaparecen las objeciones, que aun suponiéndoles alguna realidad, nunca atacarian el fondo del sistema.»

«*Pero el acreedor querrá siempre la mas àmplia garantía, y como él dá la ley, ecsigirá la obligacion ó gravámen de todos los bienes del deudor, y la especialidad no producirá efecto alguno.*»

«Si esta objecion fuese fundada, probaria à lo sumo que no se sacarán de la especialidad todas las ventajas que parece presentar al primer golpe de vista.»

«Pero (séase de esto lo que se quiera) hay gran fondo de verdad en decir que un acreedor pretenderá la obligacion ó gravámen de todos los bienes del deudor, y que éste para conseguir, por ejemplo, diez mil francos, tendrá que dar hipotecas por cien mil.»

«Hay en esto mucha ecsageracion; cierto es que el acreedor quiere ámplia y completa seguridad, y hace muy bien en quererlo; pero cuando se le dà, queda satisfecho: yo hablo de lo que ordinariamente acontece, no de lo que pueden querer algunos espíritus sobremanera inquietos y suspicaces, y que felizmente son muy raros.»

»Mas aun suponiendo cierto que un acreedor quiera que se le hipotequen dos fincas, siendo bastante una sola, se encuentran siempre ventajas en el sistema que la ley propone. Los terceros quedarán advertidos de la obligacion ó gravámen anterior, y el deudor no quedará por ello mas gravado, porque estando hipotecadas las dos fincas por una misma deuda, presentarán siempre la misma porcion de bienes libres que presentarian si tan solo se hubiese hipotecado una de ellas: asi pues el deudor no serà sacrificado, aun en el caso de ser demasiado ecsigente el acreedor, y serà siempre incontestable la ventaja que resulta de la publicidad para los terceros.»

«Hácense tambien contra nuestras bases ciertas objeciones de diferente especie, y que si tuvieran la menor realidad, no dejarian de ser alarmantes.»

Art. 2129. «Dícese que *la especialidad de las hipotecas es incompatible con el derecho de propiedad.*»

«*Todo el que se obliga personalmente queda ligado á cumplir su obligacion con todos sus bienes muebles é inmuebles, presentes y futuros. El crédito de un ciudadano se compone no solo de los bienes que ya tiene, sino tambien de los que pueda adquirir. ¿Qué derecho nos asiste para proponer que se reduzca la accion del acreedor y se restrinja á ciertos bienes? ¿Con qué derecho queremos privar á un ciudadano del crédito que pueda obtener sobre los bienes que adquiera en adelante? Esto equivale á un ataque directo á la propiedad.*"

«Seria á la verdad altamente peregrino y estraordinario que el gobierno, que dà todos los dias pruebas de tan escrupuloso respeto hàcia los derechos de propiedad, se hubiese engañado hasta el punto de pro-

poneros que los ataqueis; de proponerlo á vosotros, legisladores, que en todas las leyes hasta aquí hechas habeis asentado esta misma propiedad sobre cimientos ó principios indestructibles.

«Tranquilizaos: esta objecion no tiene mas realidad que las anteriores, y descansa únicamente en un juego de palabras.

«El que se obliga debe cumplir su obligacion con todos sus bienes; nada hay mas cierto, y esto significa que mientras le quede una sola cosa mueble ó inmueble está sujeto á la accion y apremios de su acreedor.

«Pero la obligacion y la hipoteca son dos cosas del todó diferentes. El que se obliga por un documento privado queda obligado al cumplimiento con todos sus bienes muebles, inmuebles, presentes y futuros, y sin embargo ninguno de sus bienes queda hipotecado à la seguridad de su obligacion.

«La hipoteca es para el acreedor una garantía particular sobre una finca ó inmueble; pero la obligacion del deudor es independiente de esta garantía y puede ecsistir con hipoteca ó sin ella. No se ataca pues á la propiedad cuando se dice que no se constituirà hipoteca por una clàusula general; esto no impide que el acreedor persiga al deudor en todos sus bienes hasta el completo pago; ni aun impide que el deudor obligue à la seguridad de un crédito todos sus bienes raices, pero por afecciones ó hipotecas especiales. Unicamente se proscribe la afeccion ó hipoteca general sin designacion particular de fincas, porque esta cláusula no presenta seguridad ninguna real, y las mas veces es un lazo armado á la buena fé.

"La prohibicion de hipotecar en general los bienes futuros es una consecuencia de lo que acabo de esponer.

Art. 2130. «Un ciudadano no debe desear mas que tener, cuando sus bienes presentes son escasos, la facultad de dar á su acreedor el derecho de inscribirse mas adelante en la primera ó segunda finca que adquiera; esta es ya una afeccion especial que se realiza por la inscripcion cuando llega á adquirirse la finca.

«El proyecto contiene esta disposicion, y por ella podeis juzgar que si el gobierno ha querido ocurrir á que los acreedores no quedasen espuestos á las consecuencias de la mala fé del deudor, ha ocurrido tambien con el mismo cuidado á que el deudor no fuese víctima de las circunstancias desgraciadas en que pudiera encontrarse, y le conserva su crédito entero y sin alteracion.

«He adelantado ya mucho en la carrera, y las objeciones que me restan por resolver casi no merecen el trabajo de ser refutadas.

«*La publicidad viola el secreto de las familias!!* Yo concibo bien que si quisiéramos restablecer los signos perpétuos y visibles sobre los bienes raices del deudor, podria este alarmarse; pero el depósito ó registro de las hipotecas no se fija en las esquinas ni se espone à la vista de todos, y solo se abre para los que tienen interés ó necesidad de conocerlo: quinientos años hace que ecsiste, y no habemos oido queja alguna contra el abuso de esta institucion. Ni habemos sabido de que por simple curiosidad se haya querido penetrar en ellos; y si puede ser sensible al deudor el ver consignados por este medio sus apuros ú obligaciones, el tal inconveniente, bien ecsaminado todo, viene à ser

muy ligero en comparacion de los males que nos ha causado la clandestinidad de las hipotecas.

« *La publicidad de las hipotecas altera el crédito y perjudica la circulacion.* »

"Reduzcamos este cargo á sus justas proporciones y límites. Posible es que por esta publicidad se disminuya la especie de circulacion que hace pasar la fortuna del hombre de buena fé á manos del hombre astuto é inmoral; pero esta es una de las ventajas del proyecto, pues que la república no gana nada, y antes bien pierde cuando el bribon se enriquece engañando al hombre honrado.

« Pero el crédito de todos los hombres que no estan en la clase de los que acabo de hablar, se aumentará necesariamente: el crédito se compone de la opinion que se forma sobre la moralidad del hombre y sobre su fortuna, y se entra con mucha mas facilidad en tratos con el que deja menos dudas bajo uno y otro concepto.

« La ley debe necesariamente dar por resultado la diminucion del crédito del hombre sin fé, y esta diminucion se convertirá en provecho de los hombres leales.

« Por lo demas, estais viendo, legisladores, que no se trata aqui en manera alguna del crédito de los comerciantes. A estos no se les presta por consideracion al valor de sus bienes raices, sino por su reputacion de probidad é inteligencia: no se piden hipotecas para los caudales que se colocan en el comercio: otras combinaciones son las que casi siempre deciden de estos préstamos, como la perspectiva de un interés mas subido, de un reembolso mas pronto, y las vias de ejecucion mas rigorosas. Y aun cuando fuese cierto (lo que de ningun modo creo), que por el régimen propuesto quedára entorpecida alguna pequeña porcion de los fondos destinados al comercio, ¿quién se atreveria à pronunciar que estos mismos fondos invertidos en la agricultura no serian empleados con utilidad de la república?

« *Al menos*, se dice, *será forzoso confesar que la inscripcion de las hipotecas legales es inútil; porque la ley sola es la que dá esta clase de hipotecas, y de consiguiente no pueden perderse por una falta de formalidad.*

« Aun en esta misma objecion no podreis ver, legisladores, sino un abuso del arte de razonar.

« Todas las acciones nacen de la ley, y sin embargo todas perecen cuando no se hace uso de ellas dentro de un tiempo útil, ó en las formas prescritas por la misma.

« La convencion es tambien una ley para las partes, y no las obliga con menos fuerza que la ley pública; sin embargo, la hipoteca convencional debe ser seguida de la inscripcion para que produzca sus efectos.

"La ley que da la hipoteca provee á la seguridad de una persona, y hace las veces de convencion; la ley que atribuye los efectos de la hipoteca á la inscripcion, consulta por el interés general.

"Si habemos propuesto una escepcion para la hipoteca de las mugeres, de los menores, y de los que estan bajo interdiccion judicial, es por un motivo de diferente naturaleza y que les atañe particularmente; haciéndoles perder su hipoteca por la falta de inscripcion, se

les castigaria por una culpa en que no tuvieron parte: por lo tanto ha sido preciso hacer recaer todas las consecuencias de la omision ó sobre los maridos y tutores, ó aun sobre los terceros que contrajeron con ellos; porque los primeros tienen que echarse en cara su prevaricacion, ó cuando menos su negligencia, y los segundos, por lo menos su impudencia, mientras que las mugeres y los pupilos están evidentemente esentos de todo cargo.

"En una materia tan importante no debo dejar pasar objecion alguna sin respuesta; una de ellas se ha sacado de los olvidos, errores ó prevaricaciones en que suelen incurrir los conservadores, *quienes no mencionarán en sus registros ó certificados todas las inscripciones, y ya sea por su malicia ó simplemente por su olvido, el acreedor no tendrá mas recurso que el que le compete contra aquel funcionario, que acaso será insolvente.*

«A esto responderé, que el mismo inconveniente ecsiste en todos los sistemas y todos los establecimientos: un portero puede olvidarse de firmar una citacion y causar con este olvido la pérdida de una demanda, pérdida que muchas veces es irreparable: un escribano puede hacer recaer la nulidad en un testamento que importe al legatario algunos millones, ó en cualquier otro importantísimo instrumento: el abogado que deje pasar el término de contestacion á un juicio en rebeldía, acarreará tal vez la ruina de una familia entera: y sin embargo no por esto se han de suprimir los porteros, escribanos y abogados; porque la ley no previene sucesos que son posibles sí, pero que nunca suceden.

«El conservador, el portero, el abogado, el notario, no se esponen tan fácilmente á perder en un momento su estado, honor y fortuna, y los ciudadanos duermen felizmente en paz sin soñar contingencias, que por lo mismo que apenas se realizan una vez en un siglo, no deben entrar en las miras del legislador. Todo lo que podiamos hacer era establecer reglas claras, justas y severas para asegurar la esactitud en la teoría de los registros, y la mayor fidelidad en los estractos que se hagan.

"El último arrimo que les queda á los partidarios de la hipoteca tácita es la autoridad de los romanos, *nuestros maestros en legislacion.*

"Sé todo el respeto que merecen las leyes romanas; pero sin meterme en las justas consideraciones que podrian disminuir nuestra veneracion, á lo menos parcialmente, diré que no concedo á la autoridad, cualquiera que sea, cuando se trata de opiniones, otra preeminencia que la de un ecsámen mas reflecsivo y de mayor meditacion. Desconocemos el respeto demasiado servil; y estos mismos profundos jurisconsultos, cuya sabiduría y penetracion hemos admirado tantas veces, se indignarian de un homenage tributado á su nombre únicamente.

"Es verdad que ellos han sido nuestros guías; pero hemos seguido su razon, no su autoridad: y vosotros mismos os habeis desviado muchas veces de sus decisiones, sin que en tales casos brillase menos vuestra sabiduría que cuando adoptábais el testo de las leyes romanas.

"Sin hablar de las disposiciones que pueden ser convenientes en un tiempo y que dejan de serlo por haber variado las circunstancias,

hay cosas que nunca pueden ser buenas, y que no pueden ser justificadas ni por la autoridad ni por el tiempo. Yo no vacilo para poner en esta clase las hipotecas ocultas, y creo haber demostrado suficientemente sus inconvenientes.

"Quedando justificados los principios de la ley, no pueden ser impugnadas las disposiciones de detalle cuya lectura vais á oir, como que son consecuencias necesarias de aquellos.

"No me detendré à haceros nuevamente el cuadro de todo lo que concierne, sea al modo de la inscripcion, al lugar donde debe hacerse, à la manera de conseguir su cancelacion; sea á la forma, el modo de llevar los registros, y su publicidad; sea á las obligaciones y responsabilidad de los conservadores. Aunque haya podido haber division sobre el fondo, no la ha habido sobre los detalles, cuya necesidad se ha hecho conocer sin mas que simplemente leerlos.

"No fijaré pues vuestra atencion sino sobre un corto número de artículos, que conviene singularizar para haceros conocer la ley en todas sus partes.

«Os han sido ya manifestados los motivos que han hecho que se mantenga la hipoteca de las mugeres, de los menores y de los que están bajo interdiccion judicial, á pesar de la falta de inscripcion: consideraciones de una esacta justicia nos han conducido á este resultado. Sin embargo, no nos ha sido posible disimularnos por otra parte, que si habia sido conveniente proteger la debilidad de las mugeres y de los menores, era tambien un deber rigoroso del legislador poner á los demas ciudadanos á cubierto de toda sorpresa; y aun habemos creido que no se debia encadenar á los maridos mas de lo que reclamaba una justa necesidad: este es el solo medio de no hacer odiosas sus obligaciones. Entre todas las maneras de asegurar la ejecucion de una ley, la mas eficaz es sin duda alguna la de no ecsagerar y llevar al estremo sus consecuencias.

Art. 2140. «Animados de este espíritu, y aun consultando el interés bien entendido de las mugeres, habemos permitido á los contrayentes mayores de edad pactar al casarse, que las inscripciones para la seguridad de los capítulos matrimoniales se tomen tan solo sobre ciertas fincas especialmente designadas, y que las demas pertenecientes al marido queden libres.

«Esta disposicion no es nueva, antes bien reemplaza la que ya estaba en uso y permitia al marido enagenar libremente una parte de sus bienes raices en los contratos matrimoniales.

«En el momento en que dos familias se juran una alianza que debe ser eterna, no se les puede disputar el derecho de arreglar los artículos de ella segun quieran y les convenga: está mácsima està ya reconocida y sancionada por el cuerpo legislativo. Son muchas las ocasiones en que el uso de esta libertad es sobremanera útil à la misma muger, por cuanto proporciona al marido medios de desenvolver su industria y actividad.

Art. 2141. «Habemos tambien creido que convenia permitir à los parientes reunidos para el nombramiento de tutor el no hacer tomar la inscripcion sino sobre una parte de los bienes raices del mismo: la interdiccion absoluta en que se le pone, tomando inscripcion en todos

sus bienes, puede mas de una vez serle muy perjudicial: conservemos el patrimonio de los pupilos, pero no arruinemos à los tutores, si esto es posible. No hay necesidad de que la tutela sea mirada como una calamidad; cuando se toma bajo augurios tan siniestros, suele ser mal administrada.

«A la familia reunida en presencia y por la autoridad del magistrado toca fijar la medida de las precauciones que pueden ser útiles, y hacer entrar por algo en la balanza la moralidad, la buena conducta é inteligencia del tutor.

Artículos 2143 y 2144. «Cuando en el contrato matrimonial ó en el nombramiento no se ha limitado el número de inscripciones que han de tomarse, será preciso que siempre y sin ninguna escepcion queden gravados todos los bienes de los maridos y tutores, aunque una parte de ellos pueda bastar y aun sobrar para dar la mas completa seguridad.

«Puede uno tener una sola finca al tiempo de casarse ó ser nombrado tutor: en tal caso toda su fortuna queda gravada. Pero despues llega á adquirir otras varias fincas, bien por sucesion, por su industria, ó de otro cualquier modo. ¿Se le dejará en la imposibilidad de disponer de la menor parte de estas adquisiciones, por ventajosa que pueda serle una operacion que no pueda hacer sin enagenar?

«Nosotros no pensamos asi; antes bien creemos que cuando la hipoteca sobre todos los bienes escede notoriamente de las seguridades necesarias á la muger y al menor, es justo que pueda hacerse en ella la conveniente reduccion.

«Pero esta facultad debe ir acompañada de precauciones que impidan todos los abusos. Asi, un tutor no podrà intentar la demanda de reduccion sino despues de habérsele autorizado al efecto por la familia: su demanda se dirigirá contra el tutor subrogado, y serà ventilada en juicio contradictorio con el comisario del gobierno.

«Esto mismo se practicará respecto del marido, quien no podrá obtener la reduccion sino con el consentimiento de la muger y el acuerdo de cuatro de sus mas cercanos parientes, á los que se debe suponer muy interesados en vigilar por la conservacion de un patrimonio, que podrán heredar en algun tiempo; y ademas, la demanda se sustanciará y sentenciará con el comisario del gobierno.

«Estas disposiciones tienen por objeto el calmar toda inquietud acerca de los intereses de las mugeres, de los menores y de los que están bajo interdiccion judicial: por ellas se les asegura todo lo que les es debido, pero sin abrumar á los maridos y tutores con una cadena demasiado pesada.

Art. 2135. «La fecha de la hipoteca otorgada á las mugeres ha llamado tambien nuestra atencion.

«No hay duda en que por lo tocante à la dote y capitulaciones matrimoniales deben gozar de la hipoteca desde el dia de su matrimonio. ¿Pero debe tambien remontar á esta época la hipoteca para el reintegro ò nuevo empleo de sus bienes propios enagenados, ó para la indemnizacion de las deudas contraidas durante el matrimonio? Asi se practicaba y juzgaba en la demarcacion territorial del parlamento de París: otros tribunales superiores habian adoptado una jurisprudencia con-

traria, y no reconocian la hipoteca sino desde el dia en que habia ocurrido el suceso en que se reclamaba.

«Esta decision nos ha parecido digna de ser preferida. La retroactividad de la hipoteca podria llegar á ser un manantial inagotable de pleitos. Por ella seria árbitro el marido de despojar á sus acreedores legítimos con obligaciones simuladas y fraudulentas, en las que haria figurar á su muger para darle una hipoteca desde el dia del matrimonio: de este modo conservaria él, bajo el nombre de su muger, propiedades que no deberian ser ya suyas. Habemos por lo tanto puesto fin á este abuso, fijando la hipoteca en las fechas ó épocas de las obligaciones.

"Paso á otro objeto.

Art. 2181. «Habeis visto que las inscripciones conservan las hipotecas. De esto resulta que la finca pasa al tercero con sus cargas, de las que ha podido él informarse muy fácilmente; pero es justo procurarle un medio de libertad ó descargar su propiedad. Una finca no puede prestar garantía por mas de lo que realmente vale; siempre pues que se dé este valor real á los acreedores, la finca debe quedar libre.

«Es no obstante preciso proveer de modo que los acreedores tengan efectivamente el valor íntegro de la finca que es su hipoteca, y que no sean víctimas de contratos clandestinos y fraudulentos entre el vendedor y comprador.

Artículos 2183 y 2184. «A todo esto se ha ocurrido en el proyecto. El comprador que quiera libertar su propiedad, hará trasladar íntegramente su título por el conservador del distrito ó partido; estará ademas obligado á notificar, pero solamente por estracto, á los acreedores su contrato, y el cuadro ó nota de las cargas, ofreciéndoles pagar todas las deudas hasta donde alcance el precio.

«Observo de paso que al imponer la obligacion de notificar al acreedor lo que le importa saber, habemos arreglado el modo de la notificacion en términos que se suprimen todos los gastos inútiles.

«La ley del 11 de brumario ha debido dejar á los acreedores, que tenian hipotecas generales adquiridas con arreglo á las leyes anteriores la facultad de conservarlas, inscribiéndose dentro de un término dado en todos los bienes raices del deudor. Habiendo ellos hecho uso de esta facultad, resulta que al presente se encuentra gravado un gran número de fincas por mucho mas de lo que realmente valen.

« En adelante no sucederá así; á favor de la especialidad de las hipotecas, no se prestará ya sobre una finca sino en proporcion á la seguridad que pueda ofrecer; así los juicios de graduacion serán mas sencillos y menos dispendiosos.

Art. 2185. « Los acreedores tienen por su parte el derecho de pujar dentro de un tiempo limitado, con lo que se abre un camino para llegar á dar á la finca su justo valor.

Arts. 2186 y 1287. «Si los acreedores provocan la subasta de la finca, se procederá en la forma acostumbrada para las espropriaciones; pero si no hacen uso de su derecho, debe presumirse que no tienen por qué quejarse del precio del contrato, y el valor de la finca queda fijado irrevocablemente: el nuevo propietario se libra de todo gravámen pagado ó consignado el precio.

Art. 2193. «Este modo de libertar ó descargar las fincas es suficiente sin duda alguna para purgar todas las hipotecas inscritas ó de que se haya tomado razon; pero puede haber otras que nó lo estén, como las de las mugeres y de los pupilos cuya tutela tuviera el vendedor, y es preciso que haya tambien posibilidad de purgar estas hipotecas como las otras. El edicto de 1771 proporcionaba el medio de conseguirlo, y el proyecto actual sería incompleto si no presentára alguna disposicion sobre este particular.

«Hemos debido tomar en consideracion un doble interés: el del comprador y el de los hipotecarios. Se ha consultado al del comprador por las formalidades que le conducen á la liberacion de la finca, y al de los acreedores con dar á la venta tal publicidad, que será imposible suponer la ecsistencia de una hipoteca en la finca vendida, si no ha llegado á tomarse la razon en el término fijado por la ley.

Art. 2194. «Los compradores que quieran purgar las fincas de las hipotecas á que pueden temer que estén afectas por razon de matrimonio ó de tutela, por mas que no encuentren vestigios de ellas en los registros del conservador, estarán obligados á deponer copia debidamente cotejada de su contrato en la escribanía ú oficio del tribunal civil del lugar en que estén sitas las fincas.

«Conseguida, haràn saber este depósito ó presentacion á la muger, si se trata de enagenacion de fincas pertenecientes al marido, al tutor subrogado, si se trata de fincas del tutor, y en ambos casos al comisario del gobierno.

Art. 2195. «Independientemente de este depósito, se fijará un estracto del contrato por el espacio de dos meses en la audiencia del tribunal, durante cuyo tiempo serán admitidos á requerir las inscripciones todos aquellos á quienes està permitido ó encargado que las requieran. Si durante el dicho término de dos meses no han sido hechas ó tomadas, las fincas pasarán enteramente libres al comprador, porque entonces será evidente que no ha habido ni voluntad, ni derecho para tomarlas.

«Si por el contrato se han tomado inscripciones, cada acreedor serà clasificado segun su respectivo derecho, y las inscripciones de los que no hayan sido graduados en lugar útil, serán canceladas.

«Por estos medios sencillos, pero muy eficaces, habemos sabido conciliar los intereses encontrados de todas las partes.

Art. 2180. "Para terminar todo lo concerniente á las hipotecas, réstame decir una palabra sobre los modos con que se estinguen.

" Acabais de ver las formalidades por las que se puede conseguir libertar de ellas á las fincas: la hipoteca se estingue tambien estinguiéndose la obligacion principal, de la que no es mas que un accesorio.

«Por el consentimiento ó renuncia del acreedor, que es siempre dueño de renunciar á sus derechos; y en fin por la prescripcion que pone término à todas las obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza.

«El deseo de esponer sin interrupcion todo lo concerniente á las hipotecas, no me ha permitido hablaros hasta este momento de los privilegios, á pesar de que forman el primer capítulo de este título.

«La hipoteca es un derecho que se deriva de una convencion, de una sentencia, ò de la ley.

Art. 2195. «El privilegio, al contrario, es un derecho que se deriva de la calidad y naturaleza del crédito: no nos engañemos sobre la acepcion de la palabra *privilegio* empleada en este título. Esta espresion lleva ordinariamente consigo la idea de un favor personal; aquí significa un derecho adquirido, fundado en rigorosa justicia, porque la preferencia dada al que lo ejerce le es debida, bien por haber conservado ó mejorado la cosa, bien porque en cierto modo es todavía propietario de ella á causa de no haberse hecho aun el pago del precio, que es condicion especial de la venta, bien por otros motivos igualmente justos y poderosos.

" Puede tenerse privilegio sobre los bienes muebles ó sobre los inmuebles, y tambien sobre unos y otros.

Art. 2101. "Los privilegios sobre los muebles son, ó particulares, es decir, sobre ciertos y determinados muebles, como el de los propietarios sobre los efectos que guarnecen una casa ò granja, el del conductor por sus gastos de trasporte sobre la cosa trasportada, &c.; ò generales sobre todos los muebles, como los gastos de justicia, de última enfermedad, los salarios de los criados, anticipaciones de subsistencias por un tiempo determinado: estos créditos son en cierto modo sagrados, pues que por ellos ha vivido el deudor, y por este motivo alcanzan los bienes muebles como raices.

Arts. 2102 y 2103. «En cuanto al privilegio sobre los bienes raices, compete al vendedor por razon del precio, ó al que habiendo adelantado el dinero para la compra se encuentra subrogado al vendedor, á los arquitectos y operarios que han reconstruido ó separado las cosas, ó á los que han prestado dinero para pagarlos; en fin, á los coherederos sobre los bienes hereditarios para la garantía de sus particiones, porque los coherederos tienen, por decirlo asi, recíproca y respectivamente el concepto de vendedores.

«El proyecto de ley arregla las formalidades necesarias para adquirir el privilegio, y sobre este punto, asi como en cuanto al órden y número de los privilegios, no presenta novedad alguna.

"¿Pero será necesaria la inscripcion ò toma de razon para la conservacion del privilegio en los inmuebles?

Arts. 2106 y 2107. "Entre los créditos privilegiados habemos distinguido los gastos de justicia, de última enfermedad, funerales, salarios de criados y anticipaciones de subsistencias, y no habemos tenido por conveniente ni necesario sujetarlos á la formalidad de la inscripcion: en general estos créditos no son considerables, y no hay comprador que no sepa ó deba saber, si lo que compra está gravado con esta especie de cargas.

«En cuanto á los otros créditos privilegiados, deben sin duda alguna hacerse públicos por la via de la inscripcion; los terceros no pueden suponerlos: el proyecto contiene sobre este punto disposiciones que no necesitan de justificacion.

Motivos sobre la espropriacion forzada.

Aunque esta materia se halla tratada en título separado del Código civil francés, sin embargo, el orador cuyo discurso vamos copiando habla ligeramente de ella en el mismo, y no queremos por poca cosa dejarlo incompleto.

"Llego por fin al título de la espropriacion, es decir, à la medida mas rigorosa para forzar à un ciudadano al cumplimiento de sus obligaciones.

«No habemos debido ocuparnos ni de las formas y solemnidades de la instancia de espropriacion, ni de la manera de proceder al órden y distribucion del precio: estos objetos corresponden á las leyes de sustanciacion ò enjuiciamientos.

«Los artículos que os presentamos son poco numerosos, y casi todos tienen por objeto el prevenir escesos de rigor por parte de los acreedores, agriados tal vez por la mala conducta de su deudor, ò estraviados por consejeros interesados.

Art. 2205. «Siguiendo este espíritu, se prohibe à los acreedores personales de un heredero poner en venta los bienes todavía no divididos de una herencia; la ley les ha dado el derecho de provocar la particion; es todo lo que ella ha debido hacer, y no se les debe dejar la facultad de embargar ni aun los bienes ó porciones de los coherederos que nada les deben.

"Igual prohibicion se les hace para atacar los bienes raices de un menor ó del que està bajo interdiccion judicial antes de haber escutido sus bienes muebles. ¿No seria injusto emplear contra ellos los últimos rigores sin haberse antes asegurado de que son necesarios?

Art. 2209. «Hallareis tambien el mismo espíritu de moderacion y sabiduría en los artículos que no permiten la venta de los inmuebles no hipotecados, mientras no consta la insuficiencia de los hipotecados: en los que prohiben provocar cumulativamente la venta de los bienes sitos en diversos partidos, á menos que hagan parte de una misma y sola esplotacion (artículos 2210 y 2211); finalmente, en los que no quieren que se pase á la espropriacion, cuando la renta neta de los inmuebles durante un año basta para reembolsar al acreedor, y el deudor le ofrece la delegacion (art. 2112).

«Al lado de estas benéficas disposiciones habemos colocado las que eran necesarias para impedir que se abusase de ellas contra el acreedor, que merece tambien la proteccion de la ley.

«Omitiré que no se puede instar para la espropriacion sino en virtud de un título ejecutivo y prévio mandato judicial: me apresuro á concluir. Conozco que he sido largo, pero la materia era vasta é importante.

«Los títulos que os presentamos forman el complemento del Código; la hipoteca y la espropriacion son las verdaderas garantías del cumplimiento de toda especie de contratos, de toda negociacion, de toda obligacion, sean cuales se quiera su especie y naturaleza. Son (y séame permitida esta espresion) la clase que corona este inmenso edificio.

"El gobierno lo ha levantado con una constancia que no han podido alterar ni los embarazos de una administracion inmensa, ni las atenciones de una guerra que se nos declarò tan injustamente, ni los complóts obscuros y atroces, cuyo vergonzoso ejemplo está dando un enemigo en medio de pueblos civilizados.

«El gefe de la reaccion no ha perdido su calma por un solo instante, ni ha interrumpido sus trabajos; nada de cuanto podia asegurar el buen écsito ha sido descuidado.

«Jurisconsultos de profundos conocimientos y de la mayor sabiduría habian echado los primeros cimientos del Còdigo. El tribunal de la nacion, que garantiza á la misma la ejecucion de las leyes, los tribunales encargados de la ingrata y eminente funcion de distribuir ó administrar la justicia en último grado, han trasmitido sobre este gran proyecto el resultado de sus sabias meditaciones.

"Rodeado de tantas luces, dirigido por ese genio que sabe abrazarlo todo, el consejo de Estado ha discutido todas sus partes, sin preocupaciones, con madurez y calma.

«Las comunicaciones oficiosas con el tribunado han producido tambien útiles y preciosas observaciones, y el fruto de tantas vigilias y meditaciones recibe por último de vosotros, à favor del carácter que le imprimís, nuevos derechos á la confianza y nuevos títulos al respeto de todos los ciudadanos.

«El gobierno lo presenta al pueblo francés y á nuestro siglo con una noble seguridad, y sin temer el juicio de las naciones y de la posteridad.

NUMERO 106.

Informe dado al tribunado por el tribuno Grenier, *en nombre de la seccion de legislacion, sobre la ley relativa á los privilegios é hipotecas.*

«Tribunos: Una ley constitutiva de un régimen hipotecario, concebida de modo que llene sus fines, es uno de los mayores beneficios del legislador. Por ella se da accion á la moral poniéndose á los hombres en la feliz necesidad de ser justos; el que toma prestado no puede eludir el pago, y el que cambia sus capitales por bienes raices lo hace con seguridad.

«De esta garantía recíproca de los empeños ú obligaciones, nacen naturalmente y sin esfuerzo todos los medios propios para escitar la emulacion y ejercer la industria.

«En un pueblo en que los ciudadanos no se debieran nada, no podria haber sino una estrema pobreza, y á lo mas podria suponerse en él alguna idea de civilizacion. Este pueblo recordaria los tiempos en que todos los contratos se hacian por el trueque ó permuta, y seguramente se encontraria en un estado de inferioridad y humillacion comparativamente à las grandes sociedades en que se vieran florecer la agricultura y el comercio.

«El hombre ha nacido para el trabajo, y se vé contínuamente agitado por el deseo de desenvolver sus facultades naturales; pero al mismo tiempo conoce que le es imposible conseguirlo si se reduce á sus propios recursos y no puede reunirlos á los de otros.

«Asi pues el estado mas floreciente será aquel en que bajo los auspicios de una ley que promueva la reunion de recursos pecuniarios protegiendo el préstamo, pueda el hombre industrioso procurarse capitales que permanecerian ociosos en otras manos, y hacer fructificar por este medio su comercio, sus fábricas y talleres; aquel en que el que quiera dedicarse á la agricultura, ó realizar los frutos de sus economías ó largos trabajos que no se halla ya en estado de continuar, pueda comprar con seguridad bienes raices.

«Una ley que asegure tales ventajas hace bajar el interes del dinero, aleja la usura, y dá un nuevo valor á las propiedades territoriales, influyendo por lo mismo muy poderosamente asi en la felicidad individual, como en la propiedad pública.

«Pero á medida que era de desear el establecimiento de un buen régimen hipotecario, eran tambien las trabas y dificultades que se le oponian. Las preocupaciones, los hàbitos, las alarmas de una clase de ciudadanos que temian la publicidad de sus deudas para conservar la funesta facilidad de contraer siempre otras nuevas, hicieron inútiles las tentativas de los hombres que querian el bien y tuvieron el valor de proponerlo.

«Al fin las luces se han esparcido, y las preocupaciones se han disipado; todas las diversas voluntades, hijas del apego hácia legislaciones locales que han desaparecido, se han refundido en una sola, que es la voluntad nacional, y há ya largo tiempo que el establecimiento de un régimen hipotecario ha sido generalmente reconocido como una de aquellas benéficas instituciones de que no debe quedar privada la sociedad.

«Para poder apreciar debidamente el proyecto de ley sometido á vuestra aprobacion, es conveniente, y aun me atreveré á decir indispensable, el conocer las legislaciones practicadas hasta ahora sobre esta materia por los tres diferentes aspectos bajo los que ha sido concebido el proyecto de ley, á saber: la garantía de las hipotecas, la facilidad dada al deudor para poder obligar solamente una parte de sus bienes proporcionada á la responsabilidad ú obligaciones que contrae, à fin de conservar libres los demas para el caso en que le sea preciso contraer nuevos empeños; y últimamente la seguridad en las adquisiciones de bienes raices.

«Voy à analizaros una de las tales legislaciones, tan sucintamente como me sea posible; la discusion podrá despues abreviarse: las reflecsiones saldrán naturalmente de los hechos; nunca se và con mas seguridad al fin que cuando son conocidos todos los caminos que conducen á él; porque entonces se puede escoger el mejor, ò abrirse otro nuevo.

«Es dificil hablar de la legislacion francesa sin recordar la romana, que formaba todos los principales elementos de ella, aun en la materia que nos ocupa.

«En los primeros tiempos fueron los romanos lo que es todo pueblo en su infancia. Los préstamos entre ellos eran módicos y poco frecuentes: los nombres de los deudores y el importe de la suma prestada se escribian en papeles domésticos, que mas que títulos eran documentos. Cuando el deudor pagaba, se borraba su nombre, y el crédito

quedaba estinguido. Se empleaba una fórmula cuya denominacion recordaba la inscripcion sobre el título de lo que se recibia en pago, *acceptilatio.*

|| «De aquí vino el designarse los créditos entre los romanos con la palabra *nomina*, que ha quedado en sus leyes, y se encuentra en los escritos de sus historiadores, oradores y poetas. Se lee en Ciceron, *nomina sua expedire*, pagar sus deudas. Tito Livio dice, *nomina sua transcribere in alios*, traspasar á otros sus créditos. *Cautos nominibus certis expendere nummos*; Horacio, epístola primera del libro segundo. *Fraudator nomen cum locat sponsu improbo*; Fedro, fábula 16. Y tal es el uso en que han estado los notarios franceses hasta el presente, de decir, hablando de los créditos, *nombres*, *derechos*, *razones y acciones.* ||

«Pero cuando hubo crecido la poblacion y fué necesario abrir canales á la industria, tuvieron que recurrir á la prenda por las cosas muebles, y à la hipoteca respecto de los bienes raices.

«Los acreedores tuvieron la mayor seguridad por la manera con que al principio fueron constituidas las hipotecas; esta seguridad, como vá á verse, llegaba hasta el estremo de ser muy incómoda para el que tomaba prestado.

«Conviene desde luego observar que en los primeros tiempos no concebian que la entrega de un mueble pudiera realizarse por el solo efecto de un pacto. Su derecho civil habia introducido el uso de ciertas formas simbólicas para marcar la transmision de la propiedad: estas formas parecian poner en accion la venta y entrega de parte de uno, y la toma de posesion de parte de otro: ademas debian practicarse en presencia de cinco testigos.

|| «Esto es lo que en el antiguo derecho romano se conocia con el nombre de *mancipatio.* Acerca de estas fórmulas puede verse à Heinecio, *Antiq. rom. ad Institut.*, lib. 2, tit. 7, §. 15; *Sigonius, de antiquo jure romano*, cap. 2, y á Francisco Hotman, *Comment. verb. jur.* en la palabra *mancipatio.* ||

« Estas mismas ideas que tenian los romanos en cuanto al modo de trasmitir la propiedad de una finca, las adoptaron tambien en cuanto al establecimiento de un derecho real, como la hipoteca, sobre la misma finca. Asi, ni duda les ocurrió que pudiera constituirse de otro modo que entregando el deudor su finca al acreedor, quien continuaba apoderado de ella hasta ser reembolsado. Esto fué pues lo que practicaron (de aquí ha venido la antícresis, que ha quedado en el nuevo derecho romano), y desde entonces no podia ya el deudor ni vender ni hipotecar una finca que habia salido de su poder, puesto que, bien se tratase de venta ó nueva hipoteca, no podian realizarse sin verdadera entrega. Introdújose ademas en aquellos primeros tiempos otra práctica, y consistia en hacer poner carteles sobre un poste en el mismo fundo hipotecado. Estos carteles indicaban el crédito y el nombre del acreedor. En todo esto no hicieron mas que imitar á los griegos, tomando de ellos el nombre y la cosa.

« Pero bajo los Emperadores se introdujo un nuevo derecho. El pacto solo efectuaba la entrega de las fincas que se vendian, y las antiguas solemnidades de la venta fueron abolidas.

|| «Véase la ley única del Código: *De nudo jure quiritium tollendo*,

que es de Justiniano. Estas formalidades tenian relacion con una antigua distincion de las cosas, por la que las unas eran llamadas *res mancipi*, y las otras *res nec mancipi*: distincion que abolió Justiniano por la ley única del Código: *De usucap. transform. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.* ||

" Este cambio, respecto de la venta, influyó necesariamente en el modo de crear ó constituir la hipoteca, y pudo desde entonces constituirse por el simple efecto de la obligacion, de que era un accesorio.

" Sin embargo, no pudo al punto constituirse sino sobre los bienes presentes; pero dàndose despues al pacto toda la estension de que era susceptible, fué permitido estipularla sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor. Fueron todavía mas allá las leyes, pues quisieron que esta última hipoteca fuese de derecho, y que no cesase sino por una cláusula espresa.

« Tal ha sido la legislacion hipotecaria en la mayor parte de Francia; y nosotros habemos presenciado los efectos desastrosos de una hipoteca tan general. El que prestaba no podia calcular jamas el grado de seguridad de su crédito, porque las hipotecas no eran públicas; no podia saber si la suya era ó no precedida ó preferida por otras, y cuál seria su lugar y grado, si llegaba el caso de escutir los bienes en concurrencia de otros acreedores.

« Si el deudor vendia una parte de sus bienes raices hipotecados, cualquier acreedor que tuviera un crédito con hipoteca anterior á esta venta, podia ejercer contra el comprador y tercer poseedor su accion hipotecaria, y hacer vender otra vez la finca ya vendida. Otro acreedor anterior en la hipoteca podia oponerse y pedir la preferencia. El tercer poseedor ejercia su recurso contra el vendedor ó contra otros terceros que habian adquirido despues que él, y que reclamaban tambien la garantía ó saneamiento contra el vendedor (art. 2134.)

" Si la finca se vendia, y se llegaba al órden y graduacion, entonces, como que todos los acreedores hipotecarios podian concurrir en una misma finca, el precio de ésta era absorvido por gastos enormes, y frecuentemente se temia el mismo resultado para cada una de las que sucesivamente fuesen atacadas con hipotecas ó embargos.

|| « El derecho romano habia introducido en favor del tercer poseedor el derecho de hacer escutir los bienes que aun no habia vendido el deudor; pero con la hipoteca general, y cuando no se conocian las combinaciones de un buen régimen hipotecario, este recurso ó favor no producia resultado alguno. Asi es que en varias provincias de Francia regidas por derecho consuetudinario, se habia abolido el beneficio de escusion. Véase à Domat en una estensa nota al art. 6, seccion tercera, tit. 1 del libro 3 de las *Leyes civiles.* ||

« Era imposible cerrar los ojos ante una legislacion tan viciosa y sobre un objeto de tanta importancia. || El registro de las escrituras de esta especie establecido por un edicto de 1581, que solo fué ejecutado en Normandía, y abolido en 1588, renovado por otro edicto de 1606 para la Normandía, y generalizado para toda la Francia por un edicto de 1627, confirmado y modificado con corta diferencia como se encuentra hoy por otro edicto de 1695, produjo mejoras, pues que previno los fraudes que podian cometerse con las antedatas. Pero habia

gran diferencia de aquel establecimiento à un régimen hipotecario, cuya necesidad es notoria y urgente. ||

«A fin pues de remediar, al menos en parte, los males que de ello resultaban, se introdujo el uso de los decretos voluntarios à ejemplo de la *apropiacion ó usurpacion* establecida por la costumbre de Bretaña.

«Aun en el caso de venta voluntaria el comprador conseguia la facultad de hacer vender la finca bajo la forma ordinaria de decreto forzado; con lo que la finca ó bienes adjudicados quedaban libres de las hipotecas, en razon de las que no se habia hecho oposicion, aun cuando la hipoteca fuese dotal ó por derechos de menores. Este decreto voluntario se hacia muchas veces en virtud de una obligacion simulada. Los acreedores hipotecarios anteriores á la venta estaban obligados à poner de manifiesto sus créditos, só pena de perder las hipotecas, y el precio que retenia el comprador se distribuia entre ellos segun la fecha de aquellas.

«Ciertamente que por este medio el comprador adquiria con seguridad; pero no resultaba ninguna para los que prestaban su dinero, ni podia haberla sino con la publicidad de las hipotecas. En la incertidumbre que siempre quedaba sobre la solvencia del que pedia prestado, no podian aquellos saber si llegado el caso de graduacion serían ó no colocados en lugar y clase útiles.

«Por otra parte, el decreto voluntario, prescindiendo de su impotencia, presentaba grandes inconvenientes. Como los acreedores tenian el derecho de pujar el precio de la venta para ponerse al abrigo de los fraudes que podian haber mediado entre el vendedor y comprador, el decreto, en el caso de hacerse pujas, venia à ser forzado; aun en el caso de no hacerse, los gastos del decreto voluntario eran enormes y casi iguales á los del decreto forzado; asi las propiedades de corto valor, que son las mas en número, no podian soportarlos.

«Habia, sin embargo, en Francia costumbres, que en cuanto al modo de constituirse la hipoteca tenian disposiciones en las cuales se podia encontrar el remedio que por tanto tiempo se buscaba inútilmente. Algunas de estas costumbres regian en las provincias de Picardía y de Artois, otras en el territorio ó demarcacion del parlamento de Kandres; y eran conocidas bajo diversas denominaciones, entre otras bajo las de costumbres de embargo, prenda, asentamiento, *saisine, nantissement*. Sus disposiciones bajo este aspecto eran con corta diferencia conformes á las costumbres de las provincias bélgicas.

«Hay motivos para creer que las prácticas introducidas en estas costumbres para el establecimiento de un derecho real como la hipoteca sobre los bienes raices, asi como para la trasmision de la propiedad por venta ó donacion, eran un resto de las fórmulas establecidas en el antiguo derecho romano. Porque no puede ponerse en duda que este antiguo derecho fue seguido por mucho tiempo en Francia y Alemania cuando la compilacion hecha por Justiniano desapareció entre las turbulencias del Oriente, y hasta su reaparicion ò descubrimiento en el siglo doce."

«Mas aun cuando no se pudiera remontar el orígen de las disposiciones de estas costumbres al antiguo derecho romano, y fuera for-

zoso sacarlo del régimen feudal, segun el que los señores no permitian vender ni hipotecar sin su consentimiento las fincas dependientes de sus feudos, siempre seria cierto que de este régimen tan estravagante y por lo comun tan contrario al órden social, habian salido los elementos mas propios para la organizacion de un buen régimen hipotecario.

«No pudiendo constituirse la hipoteca sino por la via de prenda ó entrega sobre uno ó mas inmuebles, pero tomados con separacion y cada uno de por sí, resultò de ello que no podia entregarse ó empeñarse despues el mismo inmueble á otro acreedor, ó al menos que no podía serlo en perjuicio del que con anterioridad habia llenado las formalidades prescritas.

«Asi, en aquellas costumbres, la hipoteca no tenia simplemente el carácter de la *publicidad*, sino que añadia á este primer carácter una calidad de grande eficacia, á saber, la de la *especialidad.*

|| En el antiguo derecho romano se habia imaginado una hipoteca especial que no se parecia en nada á la hipoteca especial segun hoy la entendemos; esto no podia conciliarse con la generalidad ó clandestinidad el de la hipoteca, ó lo que es lo mismo, no conociéndose entonces ningun sistema hipotecario. Esta hipoteca especial cedia en detrimento del acreedor, por lo que habia caido en desuso, y las cláusulas relativas á ella habian venido á ser puramente de estilo. Véase Domat. *Leyes civiles*, notas sobre el artículo 6, sec. 3, tit. 1, lib, 3. ||

«Y este es el lugar de hacer algunas reflecsiones sobre los dos caractéres de *publicidad* y *especialidad* bajo el punto de contacto que tienen entre sí, porque es imposible encontrarlos en oposicion.

«Fácil es de percibir que una hipoteca puede ser pública conservando la generalidad con mayor ò menor latitud, y que puede recaer ò tan solo sobre todos los bienes presentes, ó sobre estos y los futuros.

Art. 2134. «La publicidad es por sí sola una gran ventaja, porque encierra un aviso provechoso tanto para los que se hallan en el caso de prestar, como en el de adquirir bienes raices. Por este medio podrán juzgar de la solidez de las obligaciones que el que pide prestado ó vende debe contraer con ellos, comparando su fortuna con el importe de las hipotecas, cuyas inscripciones le presentarán el resultado.

Art. 2129. «Pero la hipoteca sirve igualmente de aviso á los terceros interesados que pueden venir despues, porque es siempre pública; y ademas produce un efecto que el legislador debe buscar ante todo, porque es tan favorable al que da como al que toma prestado.

«El primero tiene el recurso de no hipotecar sus bienes sino hasta el importe de la deuda que contrae.

«En cuanto al segundo, la finca gravada con su hipoteca especial viene á ser ordinariamente una garantía para él solo, porque es raro que otro venga á poner su confianza en la misma finca; y por otra parte el tercero á cuyo poder pasara no podria pedir la escusion de los demas bienes del deudor.

«Así, la mayor habilidad en esta materia consiste en estrechar lo mas posible el círculo ò fincas sobre que descansa la hipoteca, y la especialidad es únicamente la que presenta el medio de conseguirlo,

pues por ella sola puede designarse ó determinarse con la mayor ecsatitud y precision.

«El inmortal Sully habia llegado á penetrarse de esta ventaja, y queria por lo tanto que nadie, fuese cualsequiera su calidad y condicion, pudiese tomar prestado sin saberse antes las deudas que ya tuviese contraidas, á favor de quiénes, y sobre qué bienes (lib. 26 de sus memorias): hé aquí pues indicada la especialidad en pocas palabras.

«A solo Colbert tocaba el honor de realizar los pensamientos de Sully. El estableció el sistema de la publicidad de las hipotecas por el edicto del mes de marzo de 1673, que presentó y fue adoptado. || Se titula: Edicto, ordenando el establecimiento de los oficios y registros de las oposiciones para conservar la preferencia en las hipotecas. || Pero este edicto fue revocado por otro del mes de abril de 1674, es decir, casi tan pronto como fué publicado. Conviene oir al mismo Colbert sobre las causas de esta revocacion.

«Seria preciso, decia él, hacer lo que se hizo ahora doce años, y no tuvo ejecucion por las intrigas del Parlamento: habrian de establecerse oficios para registrar ò tomar razon de todos los contratos y obligaciones. Este seria el medio de impedir que nadie fuese engañado; y queriendo uno tomarse el trabajo, veria en ellos las deudas de cada particular, de modo que sabria á punto fijo si podia prestar con seguridad al que se lo pidiese. Pero el Parlamento no podia sufrir tan bello y útil establecimiento que habria cortado la cabeza á la hidra de los procesos, que forman todo su patrimonio. Espuso pues que por este medio llegaría á aniquilarse la fortuna de los mas grandes señores de la córte, los cuales teniendo mas deudas que bienes, no encontrarian recursos desde que fuera descubierto el mal estado de sus cosas. Bajo este pretesto logró poner de su parte á muchos sugetos influyentes, y todos juntos se dieron tan buena maña á intrigar, que el edicto fue luego revocado.

«Sin embargo, la razon ó el pretesto es muy débil para detener por mucho tiempo el curso de una medida tan benéfica. Hay una absoluta necesidad de restablecer la buena fé que se ha perdido, y asegurar la fortuna de los que prestan su dinero..... En el momento en que se tenga bienes se encontrará lo que se necesita, y únicamente los que no los tengan se verán imposibilitados de petardear. (*Testamento político de Colbert*, cap. 12, pág. 351, edicion de 1693.) || Bien sé que se ha puesto en duda la autenticidad de este testamento; pero al menos es imposible no respetarlo como una memoria preciosa sobre los hechos ocurridos en aquel tiempo, porque es incontestable que, cualquiera que haya sido su autor, fue contemporàneo de aquel ministro. ||

«Estas razones forzaban el convencimiento; y no puede estrañarse la amargura de tales quejas cuando llega uno à penetrarse de la sabiduría de las miras que dictaron el edicto de 1673, cuando se conoce el órden y claridad con que está redactado, y la esmerada atencion que se puso hasta en sus mas pequeños pormenores. Así es que el canciller d' Aguesseau, aunque no aprobase el sistema de la publicidad de las hipotecas, segun lo observaré muy pronto, no por ello dejaba de decir al hablar de este edicto: *todas las disposiciones de aquella ley fueron*

meditadas; que se echa todavía de ver por los que la leen, y que manifiesta que los que trabajaron en su redaccion creian trabajar para la eternidad.

«Seguia pues el antiguo deplorable estado, de que he hablado ya, cuando sobrevino el edicto de 1771.

«Las letras de ratificacion que esta ley sustituyó á los decretos voluntarios, tenian todas las ventajas de estos sin sus inconvenientes. || Estas letras de ratificacion eran una imitacion de las establecidas por Colbert en un edicto del mes de marzo de 1673, diferente del de la misma fecha relativo al registro de las hipotecas. El objeto de estas antiguas letras de ratificacion era el purgar de toda hipoteca las rentas debidas sobre el Estado, y facilitar su circulacion.

«Pero al fin este no era mas que un medio favorable á los compradores. Cierto es que los acreedores á favor de la esposicion del contrato podian muy bien tener noticia de la obtencion de las letras de ratificacion; pero mientras no ecsistiera la publicidad de las hipotecas (y el edicto lejos de favorecerla, queria destruirla aboliendo la entrega en prenda ó seguridad donde se practicaba), las hipotecas establecidas con anterioridad quedaban siempre, y nada tranquilizaba acerca de su suerte llegado el momento de escusion.

«Sin embargo, es preciso reconocer que esta ley en los paises en que fue seguida produjo tales efectos, que puede decirse que se llenó el objeto del legislador. Por ella se facilitó grandemente la circulacion de los bienes raices, por módico que fuese su valor, dando con muchos menos gastos que los que ocasionaban los decretos voluntarios, la facultad de desembarazarse de antiguas hipotecas ignoradas hasta entonces, y cuyo conocimiento era indispensable.

«Las ideas de *publicidad* y *especialidad* se reprodujeron con fuerza durante la revolucion; pero la ley del 9 de mesidor del año 3 (este mes, décimo del calendario republicano de Francia, comenzaba en 19 de junio y acababa en 18 de julio), lejos de tranquilizar esparció la alarma. Manifestóse inquietud, no solamente sobre la rapidez de la espropriacion forzada, sino tambien sobre la facilidad con que todo ciudadano, tomando sobre sí la hipoteca, podia convertir sus bienes raices en letras de cambio: se viò con espanto una especie de movilizacion del territorio de la república, que en cambio de algunas ventajas particulares que podia producir, ofrecia los mas funestos medios á la disposicion, y amenazaba à todas las fortunas con un trastorno general. Del entorpecimiento de que se queria salir, se pasaba repentinamente á la convulsion.

«Felizmente fue suspendida la ejecucion de esta ley hasta la del 11 de brumario del año 7 (el brumario comenzaba en 22 de octubre y concluia en 21 de noviembre; era el segundo mes del año republicano, que comenzaba en 22 de setiembre; la era de la república databa desde 1792), la que adoptó aquel justo medio en que se encuentran el movimiento y la vida, aun consagrando la *publicidad* de la hipoteca en toda su plenitud, y dando toda la energía posible á la *especialidad*.

«Podríamos ser fundadamente acusados de injusticia, si no confesàramos que á las ideas sanas emitidas en esta última ley somos hasta

cierto punto deudores de las que nuevamente han surgido. Aunque los cambios adoptados en el presente proyecto de ley son otras tantas mejoras, y de no pequeña importancia, no por esto dejará de ser mirada la ley del 11 de brumario como el tipo y fundamento.

«La relacion histórica que acabo de hacer prepara suficientemente las ideas que debe uno formar sobre las bases principales del proyecto de ley, que son la *publicidad* y la *especialidad* de las hipotecas, salvas algunas escepciones y modificaciones dictadas por la necesidad y la justicia.

«Sin embargo, y como ya lo he anunciado, estas bases fueron atacadas por el canciller d' Aguesseau al espresarse sobre un proyecto de ley, que sin duda le fue comunicado, cuyo objeto era el establecimiento de un régimen hipotecario, y que no tuvo consecuencias: véase el tomo 13 de sus obras, pág. 620, edicion en 4.º

«El respeto debido á cuanto ha salido de la pluma de este virtuoso y sabio magistrado, impone el deber de discutir su opinion aun sobre un punto en el que basta recurrir á la simple luz de la razon.

«No ecsaminaré lo que pudo hacerle ilusion sobre los motivos que dieron lugar á la revocacion del edicto de 1673, que él atribuye *á los muchos inconvenientes que presentaba la ley*; motivos que distan mucho de encontrarse en la que pronuncia esta revocacion, y que aun está concebida en tales términos que puede no mirársela como definitiva. || Tal es la opinion de algunos jurisconsultos contemporáneos de d' Aguesseau. Asi, hablando con propiedad, el edicto de marzo de 1673 no fue revocado definitivamente, y solo se suspendiò su efecto hasta que el rey tuviese á bien mandar su ejecucion; d' Hericourt, *Tratado de la venta de los bienes raices*, cap. 14. || Me concreto á sus argumentos ò razones que se reducen à *la esperiencia*, en virtud de la que fue revocado el edicto de 1673, y á las reclamaciones que escitó *de todas partes*.

«*La esperiencia!!* ¡Pero no puede decirse que la haya habido sobre esta ley cuando segun los términos del mismo d' Aguesseau, *quiso el legislador que ella muriese en el dia primero de su vida?*

«Y no es esto solo, pues que habia otra esperiencia favorable al sistema de publicidad, à saber, la que se habia adquirido en todos los paises en que no habia hipoteca sin entrega, y á la que habian manifestado un constante apego; y por esto la negativa del parlamento de Flándes á dar el pase al edicto de 1771, por el que se queria abolir la entrega de la hipoteca, segun lo dejo observado, se fundó en razones tan poderosas, que la nueva ley fue retirada.

«*¡Las reclamaciones!* Pero, ¿quién podia hacerlas? ¿Y quién las hizo en efecto? ¿Se habrà de apagar una luz porque importuna à los que se envuelven en las tinieblas del fraude y de la mentira?

«Si, pues no nos dejamos deslumbrar por el brillo de un nombre que será siempre respetable, si queremos entrar en el ecsámen del mérito de sus objeciones, no nos hará grande impresion el pretendido peligro que se quiere encontrar en la publicidad de las hipotecas para el crédito y el comercio.

En cuanto á los propietarios, si hubiera algunos que quisieran engañar, bastaria este solo criminal pensamiento para acelerar el establecimiento de la ley benéfica de que por tanto tiempo se ha carecido.

Por lo que respecta à los de buena fé, encontrarán ausilio en una ley que les proporciona el medio, que sin ella no tendrian, de afianzar su solvencia, y afirmar la confianza que no podrian inspirar por su sola moralidad.

«Por lo que hace á los comerciantes, cuyas especulaciones toman tal vuelo y estension, que no seria razonable someterlas à seguridades sobre bienes raices, que muy rara vez guardarian proporcion con sus empeños ú obligaciones, la ley nada innova, y su ecsistencia no puede detener los préstamos que se les hacen sobre la fé de su honradez y de su notoria solvencia.

«El relator ó informante sobre la ley de 11 de brumario en el consejo de los quinientos, decia muy juiciosamente: la publicidad no dañará al comercio, y por el contrario le será muy útil. El crédito de un comerciante no se parece en nada al de un simple propietario: este no presenta otra garantía conocida que sus bienes raices, cuando aquel por lo comun tiene pocos de esta especie. Como sus fondos le producen mucho mas empleados en especulaciones comerciales que si lo fueran en bienes raices, sus adquisiciones de esta especie son casi siempre la señal de sus apuros y de la necesidad en que se encuentra de deslumbrar y fascinar los ojos.

|| «La comision del tribunal de casation, al esplicarse sobre un proyecto de ley relativo á la misma materia, ha hecho tambien sobre este asunto reflecsiones muy oportunas. Los préstamos, dice, que se hacen á los comerciantes, son inspirados por otros motivos, atraidos por mayores ganancias, apoyados por apremios mas rigorosos, garantidos por el interés de los mismos que toman prestado, como que la menor tardanza en el cumplimiento de sus empeños seria para ellos la mayor de las desgracias. Los préstamos hechos á los propietarios son por lo general un empleo ó colocacion del dinero que se hace para mucho tiempo. Los que se hacen á los negociantes son un movimiento rápido y momentáneo, un medio de hacer valer su dinero que entra y sale á épocas, y no lejanas. Los que se entregan á una de estas especulaciones no son en manera alguna los mismos que hacen la otra. ||

«Despues de estas reflecsiones preliminares sobre las ventajas de la *publicidad* y de la *especialidad* de la hipoteca, pasa à esplicar la marcha del proyecto de ley. Me abstendré de ocuparos con definiciones, con ciertas escepciones y varios detalles, y me concretaré á un análisis motivado de las disposiciones esenciales.

Del privilegio.

«El privilegio está organizado en el capítulo 2.º

Art. 2095. «Todos sabemos que aquel resulta de la calidad, y aun podria decirse del favor del crédito, prescindiendo absolutamente de la época en que se ha contraido.

«El espíritu de analisis y de método ha conducido á una distincion, por medio de la que es fácil formarse ideas justas sobre esta parte del proyecto de ley.

Art. 2099. «Por de pronto hay dos especies de privilegios, unos sobre los bienes muebles, otros sobre los raices.

Art. 2100. Los privilegios sobre los bienes muebles se subdividen en privilegios generales sobre todos los muebles, y en particulares *sobre algunos de ellos.*

Art. 2101. «Los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles son:

1.° Los gastos de justicia.

2.° Los gastos de funerales.

3.° Cualesquiera gastos de la última enfermedad.

4.° Los salarios de los criados por el año último, y los que se deben del año corriente.

5.° Las anticipaciones de subsistencias hechas al deudor y á su familia, á saber; las de los seis últimos meses, por los negociantes al pormenor, y las del último año, por los que tienen casa de pension y por los negociantes al por mayor.

«Tales créditos han gozado en todos tiempos de este privilegio; los gastos de justicia, que son los resultantes de poner los sellos, los del inventario y venta, tienen por objeto la conservacion y liquidacion de la misma cosa sobre que recáen.

«Por lo que hace á los otros créditos, este privilegio ha sido introducido por un espíritu de humanidad: habria sido repugnante, sobre todo por cantidades ordinariamente pequeñas, y que rara vez se toman en consideracion en negocios de interés, alejar de un ciudadano los socorros ofrecidos á sus dolencias ó miseria, privando á los que están dispuestos à darlos de la esperanza de ser pagados con los muebles que estàn à la vista y en poder del deudor, y que ellos han mirado con la mejor buena fé como prenda de su crédito.

Art. 2104. «Por los mismos motivos se ha hecho estensivo este privilegio á los inmuebles en caso de no bastar los muebles.

Art. 2102. «En cuanto à los créditos privilegiados únicamente *sobre ciertos muebles*, y á los que lo son sobre los inmuebles, es inútil repetiros la nomenclatura que se hace de ellos en el proyecto de ley: ella quedará justificada trayendo á la memoria los dos principios, pues se verà que las disposiciones del proyecto no son sino consecuencias inmediatas de los mismos.

Art. 2103. El primero de ellos es que, cuando el crédito constituye el precio de la venta hecha al deudor de una cosa que ecsiste en especie, ò cuando la cosa no debe su ecsistencia ó conservacion sino á las anticipaciones hechas por el acreedor, el crédito sobre esta misma cosa es naturalmente privilegiado, y da desde luego derecho sobre ella al acreedor, pues que sin la ecsistencia del crédito no habria podido la tal cosa servir de prenda ó garantía á nadie, ó lo habria sido en mucho menos valor.»

«El segundo principio es, que siempre que por la naturaleza de las cosas ha debido ser considerado necesariamente un objeto como prenda de un crédito, y aun como entregado al acreedor, à semejanza de la verdadera prenda, seria chocante que el acreedor fuese despojado sin pagársele con la cosa, que debe mirarse como suya hasta el importe ó alcance de la deuda. De la presuncion de la intencion respectiva de las partes nace una prenda por el solo ministerio de la ley, y esta prenda legal debe tener los mismos efectos que la prenda convencional. No

hay un solo privilegio de los establecidos por el proyecto de ley, que no se derive de uno ú otro de estos dos principios.»

«Pero era justo que los arquitectos y empresarios, que estan en el número de estos acreedores privilegiados, no pudiesen ejercer sus privilegios sino en el mayor valor que tenga el inmueble á la época de su enagenacion, y que provenga de los trabajos hechos por aquellos. Las espensas que no producen ó dan á la cosa un valor real, no pueden ser objeto ni materia de un privilegio, pues que nada añaden á la prenda que estaba ya obligada esclusivamente á los otros acreedores.»

«El que llegue á penetrarse del proyecto de ley se convencerá de que en él está suficientemente marcado el órden de preferencia entre los acreedores privilegiados sobre los muebles y sobre los inmuebles, sea que los privilegios recaigan sobre una universalidad de muebles, ó sobre ciertos y determinados de ellos. Este órden es comunmente el mismo que el de la enunciacion ó enumeracion de los privilegios, y cuando se invierte, se tiene cuidado de espresarlo.

Art. 2097. «Cuando hay acreedores que han dado diversas sumas para el mismo objeto, no puede haber preferencia entre ellos sobre lo que forma la materia de su privilegio comun, y es forzoso que concurran indistintamente y á prorata.

«Asi los que hayan contribuido igualmente y por diferentes anticipaciones para la sementera y gastos de recoleccion del año, no pueden respectivamente reclamar preferencia entre sí; habrán pues de concurrir simultáneamente, y lo mismo sucederá en otros casos parecidos.

Art. 2106. «Mas en lo tocante á los privilegios sobre los inmuebles, el proyecto de ley ha debido querer, conforme con el principio de la publicidad de las hipotecas, que estos privilegios sean inscritos, salvas algunas escepciones y modificaciones relativas al término dentro del que ha debido hacerse la inscripcion: la justicia de ellas es evidente, y resalta á la simple lectura de los artículos que las establecen.

Art. 2113. «Sin embargo, si no se hubiese tomado inscripcion del privilegio, como que éste lleva en sí toda la virtud del título que constituye los créditos simplemente hipotecarios, podrá ser inscrito aun despues de este término. Pero entonces entrando, como realmente entra, en el principio general de las hipotecas, no producirá efecto respecto de terceros, sino desde el dia de la inscripcion.

De las hipotecas.

«Ha llegado el caso de desenvolver y de poner en juego, por decirlo asi, el movimiento de las hipotecas. El medio mas seguro de convencerse de la sabiduría del proyecto de ley es conocer sus medios de ejecucion, para llegar de este modo fácilmente á ideas abstractas, que por sí solas conducirian mas lentamente á la adquisicion de nociones ecsactas.

«Para esto obraré en un órden inverso al de la ley, aunque su plan es tal como debia ser, porque siempre se puede elegir otro cuando se trata de observar el mecanismo y remontarse hasta sus elementos. La analizaré pues, y me ceñiré principalmente á mostrar la relacion que

ecsiste entre una multitud de artículos, que aunque esparcidos y colocados à ciertas distancias, concurren simultáneamente al resultado de cada una de las partes del proyecto de ley.

«En consecuencia, empezando por lo mas sencillo y pasando sucesivamente á lo que presente mas complicacion, y aunque éste en el capítulo 3.° se esplique sobre las hipotecas en el órden siguiente:

De las hipotecas legales.

De las hipotecas judiciales.

De las hipotecas convencionales.

Hablaré primeramente de la hipoteca *convencional*; en seguida de la *judicial*, y en tercer lugar de las hipotecas legales.

«Ademas, como sobre todas estas partes ha espuesto el orador del gobierno con tanta energía como solidez los principios segun los cuales se habia concebido el proyecto de ley, casi me veo reducido á probar que estas diferentes disposiciones les corresponden fielmente. Caminaremos por distintas sendas, pero llegaremos al mismo objeto, que es demostrar las ventajas de la ley.

De la hipoteca convencional

Art. 2092. «Desde luego observo que entre el acreedor y el deudor no es necesaria la hipoteca; ni aun se concibe idea de esta sino relativamente á terceros, tales como los acreedores posteriores en fecha, ò los que adquieren algo del deudor.

« Por lo tocante à este último, del artículo 2092 del proyecto de ley actual, y del 2204 del título relativo á la *espropriacion forzada*, que ya os tengo presentado, y cuya adopcion se puede presumir, se deduce que puede ser apremiado al pago de la deuda con tal que esté establecida en un título ejecutoriado por todas las vias judiciales, y aun por la espropriacion.

«La publicidad del crédito, única que conduce á la hipoteca por la via de la inscripcion, no es pues necesaria sino con respecto á nuevos acreedores que pretendiesen preferencia por el solo efecto de su buena fé presunta, no habiendo podido conocer hipotecas anteriores ó con relacion à compradores posteriores, que estuviesen libres de todas las hipotecas que se hubiesen ignorado por falta de inscripcion.

Art. 2129. «Pero el prestamista, cuyo interés le compelerá á juntar à su crédito el importante accesorio de la fianza, debe hacer insertar en el título, ademas de las fórmulas que constituyen su autenticidad, la designacion especial de cada uno de los inmuebles en que consiente la hipoteca del crédito el que toma prestado.

«Esta designacion puede recaer tanto sobre uno ó algunos de los inmuebles del deudor, como sobre todos, lo que induce á creer que el número de los objetos hipotecados estarà siempre en relacion con el importe de la deuda. Cuando una ley se ha concebido en conformidad con ideas sanas y verdaderamente políticas, tarde ó temprano responden los ciudadanos á sus inspiraciones.

«Ni se compadece con la hipoteca sobre bienes futuros esta designacion especial, ni creo que se haya intentado sériamente reproducir las objeciones que se han hecho para probar la necesidad de poder hi-

potecar esta clase de bienes; porque habiéndose establecido en el título de *la venta*, derogando nuestra antigua legislacion, que no se podia vender lo que no se tenia; es consecuencia necesaria que no se puede hipotecar lo que no se tiene.

«Aqui se realizan, tanto con referencia al deudor como al mismo acreedor, las ventajas que os he hecho ya entrever de esta especialidad.

«Las hay para el deudor en cuanto, limitándose particularmente la hipoteca á una finca de valor análogo al importe del crédito, le quedan libres sus otros bienes, y esta libertad le proporciona medios para tomar nuevamente prestado, segun las especulaciones á que pueda dedicarse.

«En cuanto que el acreedor con hipoteca especial no puede instar por la venta de los inmuebles, que no le estan hipotecados sino en el caso de no bastar los que lo estan.

«En cuanto que, siendo indeterminado el crédito, queda el acreedor obligado por la especialidad á hacer una declaracion estimativa al tiempo de tomar la inscripcion, y que en caso de ser aquella escesiva, puede el deudor pedir que se reduzca; ademas, segun las formas establecidas por la ley para cuando esto ocurra, no pueden quedar lastimados los intereses del acreedor (artículos 2132, 2163, 2164 y 2165.)

«Por lo que respecta al acreedor, le es útil la especialidad, puesto que una hipoteca especial rara vez es seguida de otra sobre las mismas fincas, á menos que su valor alcance evidentemente para garantir la segunda como la primera obligacion; y por lo mismo el acreedor que tiene una primera hipoteca especial está seguro de poder perseguir útilmente la finca hipotecada en cualesquiera manos en que se encuentre, sin que el tercer poseedor pueda obligarle á que haga antes escusion en los demas bienes del deudor (art. 2171).

Art. 2130. Y no pàra en esto la ley, sino que tambien indica los medios para superar ó allanar las dificultades con que en cualquier caso pueda tropezar la especialidad.

«Si los bienes presentes y libres del deudor son insuficientes para la seguridad del crédito, puede el deudor, pero con la condicion de espresar esta insuficiencia, consentir en que cada una de las fincas que adquiera en lo sucesivo, quede obligada al crédito, segun las vaya adquiriendo.

«Aunque en este caso, por lo que respecta á los bienes futuros, no haya hipoteca á favor del acreedor sino desde la fecha de cada una de las inscripciones que tome, siempre es una disposicion favorable al deudor, pues podrà mas fácilmente hallar quien le preste, reuniendo la confianza que le dá su fortuna actual á la que resulta de la que pueda adquirir en adelante.

«Y aun se podrà, á fin de no gravar inútilmente la totalidad de los bienes futuros, pactarse que no podrán tomarse inscripciones sino sobre una parte de ellos. Pero no mediando esta estipulacion, no podrá el deudor pedir que se reduzca la hipoteca, pues que no habiendo sido limitado el convenio, debe surtir sus efectos en toda su latitud.

Art. 2131. «En fin, si las fincas sujetas á hipoteca llegan á perecer ó desmejorarse en términos que no sean ya suficientes para la

seguridad del acreedor, podrá éste ó pedir desde luego su reembolso, ó un suplemento de hipoteca.

«La ley pesa en la misma balanza el interés del acreedor y el del deudor.

«Es pues fácil de conocer el grande influjo de la especialidad para desembarazar los bienes de todas las hipotecas que no tengan un objeto necesario; ventaja que era imposible conseguir bajo el yugo de la generalidad de las hipotecas, que siempre y de necesidad abrazaba la totalidad de los bienes raices del deudor, por enorme que fuese la diferencia entre su valor y el importe de los créditos.

De la hipoteca judicial.

Art. 2123. «Hasta ahora habemos supuesto la imposicion de hipotecas especiales sobre bienes libres, que sucesivamente pueden ser sujetados á esta especie de hipoteca, segun se contraigan nuevas deudas; y se ha reconocido que los efectos de la ley han de ser saludables.

«Ahora suponemos que se trata del establecimiento de una hipoteca judicial, que es mucho mas incómoda para el deudor que la hipoteca convencional y especial. ¿Pero de dónde nace que lo sea así? De que el deudor tiene que imputarse el no haber cumplido una obligacion que puede nacer sin convenio, ò el haberla contraido por un documento privado que, habiendo llegado á ser auténtico por el reconocimiento judicial ó sentencia condenatoria, ha producido una hipoteca de esta especie. El acreedor ha debido contar con que le seria pagado su crédito, y no ha podido por sí solo y sin un convenio, para el que necesariamente debia concurrir el deudor, constituir una hipoteca especial. El deudor no puede quejarse de una posicion en que el mismo se ha colocado.

Arts. 2157 y 2158. «Sin embargo, animado siempre el legislador del deseo político de aligerar cuanto sea posible los bienes raices de hipotecas que no sean necesarias, ofrece al deudor medios preciosos, aun en esta misma desagradable posicion en que se ha colocado. Aunque la hipoteca judicial puede hacerse valer, no solo sobre los bienes raices pertenecientes al deudor al tiempo de la condenacion, sino tambien sobre los que adquiera en lo sucesivo (como que es una consecuencia necesaria del defecto de especialidad de la hipoteca), siempre es cierto que se puede conseguir la renuncia de la facultad de tomar inscripciones en los bienes futuros: seria contra toda razon mirar como imposible este convenio ó renuncia, cuando el acreedor con hipoteca judicial encuentre bastante seguridad en los bienes presentes obligados á su crédito.

Arts. 2161, 2162 y 2164. «Pero hay todavía mas, y es que el deudor tendrá la facultad, no solo por lo relativo á los bienes futuros en los casos de inscripciones sucesivas, sino tambien por lo que respecta á los presentes que hayan sido gravados por la inscripcion, de pedir que se reduzcan los efectos de esta, cuando se toman sobre mas bienes de los necesarios para la seguridad del crédito, y que los indicados efectos se limiten y determinen à la parte que sea bastante.

Art. 2165. La ley arregla sábiamente las condiciones bajo las que puede pedirse esta reduccion, y las formas que deben observarse para conseguirla.

«Asi, habiendo precedido la hipoteca especial á la judicial, resulta de todo lo que se lleva dicho, que la finca gravada con hipoteca especial quedarà siempre obligada à este crédito, sin que se tenga que temer participacion ó aumento por parte de la hipoteca judicial y á consecuencia de una escusion.

«Y aun cuando sea anterior ó preecsista la hipoteca judicial, á favor de la reduccion que puede pedir el deudor, segun el esceso del valor de las fincas sobre las que se haya tomado la inscripcion, comparado con el importe del crédito que tiene hipoteca judicial, podrán todavía, y no obstante la dicha hipoteca judicial, quedar los bienes del deudor para garantía de las hipotecas especiales; paso á las legales.

De las hipotecas legales.

Art. 2121. «Hay tres especies de hipotecas legales.

1.° Por los créditos de las mugeres en los bienes de los maridos.

2.° Por los de los menores y los que están bajo interdiccion judicial, en los bienes de sus tutores.

3.° Por los de la nacion, los de los ayuntamientos y establecimientos públicos, en los bienes de los recaudadores y administradores responsables.

Art. 2135. «Aquí nace un nuevo órden de cosas; la ley dispensa de la publicidad por el medio ó via de la inscripcion las hipotecas de las mugeres en los bienes de sus maridos, por razon de su dote y de las capitulaciones matrimoniales, y las de los menores y de los que estan bajo interdiccion judicial en los de sus tutores à causa de su administracion.

«El fundamento ó motivo de esta esencion ha sido la impotencia en que estan las mugeres, los menores y los puestos bajo interdiccion para mirar por sus intereses; aunque á la verdad esta impotencia es menos absoluta respecto de las mugeres.

«Debiendo pues ecsistir estas hipotecas por sí mismas sin ser conocidas, al menos por la via de la inscripcion, y pudiendo hacerse valer en todos los bienes presentes y futuros del deudor, remontando hasta el matrimonio por lo tocante á los maridos, y hasta la aceptacion de la tutela respecto de los tutores, se comprende fácilmente que debian complicar ó embrollar mas las fortunas de los maridos y tútores, y que los resultados de esto podian ser mas funestos para los prestamistas ó compradores desapercibidos.

«Mas por esto mismo la ley redobla su prevision y esfuerzos para aligerar el peso de estas hipotecas.

«Para proceder con órden, vamos á distinguir lo concerniente al marido y al tutor de lo que atañe á terceros, como son los prestamistas y compradores.

Art. 1140. «Por lo que respecta al marido, la ley permite, siendo las partes mayores de edad, pactar, aun en los contratos matrimoniales, que no se tomará inscripcion sino sobre cierta ó ciertas fincas, y

que las que no sean indicadas para la inscripcion, queden libres y esentas de la hipoteca por la dote de la muger, y demas que haya de haber por sus capitulaciones matrimoniales.

«Asi, el marido por una simple prevision, aun antes de nacer ó llegar à ecsistir esta hipoteca, puede dejar espedita una parte de sus bienes, mas ó menos considerable, segun el valor de ellos, comparado con la dote y demas derechos de la muger consignados en los contratos matrimoniales.

Art. 2144. «Hay mas: si al contraer al matrimonio, era tan corto su patrimonio que no se tuvo por conveniente el restringir la hipoteca legal de una sola parte de sus bienes, podrá aun despues de contraido, caso de que se aumente su patrimonio y presente por lo mismo mayor garantía, pedir, prévio el consentimiento de su muger y el acuerdo de cuatro de los parientes mas cercanos de la misma, reunidos en consejo de familia, que la hipoteca general de todos los bienes se restrinja á los que sean suficientes para preservar completamente los derechos de la muger.

Art. 2141. «Por lo tocante al tutor, podrá este pedir la misma restriccion, caso de haber lugar á ella, á los parientes en consejo de familia, aun al tiempo de ser nombrado

Art. 2143. Y cuando la hipoteca no haya sido restringida al tiempo de su nombramiento, podrá en el caso que la hipoteca general de todos sus bienes raices esceda notoriamente las seguridades necesarias para responder de su administracion, pedir que esta hipoteca se restrinja á los que basten para constituir una plena garantía à favor del menor ó del que está bajo interdiccion judicial.

«Escusada es toda otra esplicacion para apreciar el mérito de todos estos recursos que eran desconocidos en nuestra antigua legislacion.

«¿Pero en cuántas circunstancias no se conocerán por lo tocante al marido los saludables efectos del artículo 2135? Vemos al fin cortados dos abusos que desde muy allá habian llamado la atencion.

«Cuando la muger se haya constituido en dote sus bienes presentes y futuros, la hipoteca por los capitales que procedan de sucesiones abiertas durante el matrimonio no comenzará sino desde el dia en que se abrieron ó recayeron aquellas; asi no habrá hipoteca sin que haya administracion por parte del marido, que era en lo que se fundaba.

«La muger no tendrá hipoteca para que se le indemnice de las deudas que haya contraido con su marido, ó para el reintegro ó nuevo empleo del valor de sus bienes raices enagenados durante el matrimonio, sino desde el dia de la obligacion ó de la venta; cuando antes por el solo efecto de una jurisprudencia del parlamento de París, que habia sido desechada en la Bretaña y Normandía, esta hipoteca remontaba á la fecha de los contratos matrimoniales.

«De este modo no se verá ya á una muger, por un efecto verdaderamente retroactivo, ir en busca de los acreedores del marido, ó anteponerse á los acreedores de éste, aunque el título de unos y otros fuese anterior al acto de que procedía el crédito de la muger.

Art. 2136. «Vengamos á los medios que la ley presenta á los terceros, como son los prestamistas ó compradores de un marido ó

tutor, para que no sean víctimas de las hipotecas legales á causa de no haber tenido noticias de ellas.

«Dejando aparte la facilidad que ordinariamente hay para conocer el estado de las personas con las que se contrata, encontrarán los dichos prestamistas y compradores una garantía:

1.º En la necesidad que tendrán los maridos y tutores de hacer públicas las hipotecas á que estén afectos sus bienes; en la de requerir que se tomen inscripciones sobre ellos, y finalmente en el miedo de ser reputados culpables de estelionato, y sujetos por lo tanto al apremio personal, si consienten ó dejan tomar hipotecas sobre sus bienes raices sin declarar espresamente que estan ya afectos à la hipoteca legal de las mugeres, de los menores, ó de los puestos bajo interdiccion judicial.

Arts. 2137 y 2138. 2.º "En la obligacion que se impone al tutor subrogado, bajo su responsabilidad personal, de velar para que se tome inscripcion en los bienes del tutor, y aun de hacerla hacer, y en caso de negligencia bien sea del tutor ó de su subrogado en cumplir esta obligacion, así como de parte del marido, en el llamamiento que hace la ley al comisario que sea del gobierno en el tribunal civil del domicilio del marido ó del tutor, ò del lugar en que estén sitos los bienes para que supla, si ha lugar esta negligencia.

Art. 2139. 3.º En el poder concedido no solamente á la muger y al menor para demandar por sí mismos la inscripcion, sino tambien à los parientes, ya del marido ó de la muger, ya del menor y por lo que hace á este, á sus amigos à falta de parientes.

«Estos son otros tantos medios comunes á los prestadores y adquirentes para que no se engañen por la ignorancia en que podrian estar de las hipotecas legales, la cual no es fácil de presumir. (Artículo 2193.) Pero á los terceros compradores que hayan adquirido de un marido ó de un tutor, bien por efecto de esta ignorancia, bien por la persuasion de que el marido ó tutor que habian vendido tenian ademas del objeto de la adquisicion bienes suficientes para responder de la dote y demas haberes por capitulaciones matrimoniales ó de la gestion, todavía les ofrece la ley el recurso particular de poder, caso que no ecsista inscripcion, desempeñar de las hipotecas los inmuebles que hubieren adquirido.

«Vosotros conoceis los medios tan ingeniosos como discretos que presenta la ley, para que el adquirente pueda proporcionarse esta ventaja sin que se dé lugar á una sorpresa funesta á las mugeres, menores, é intervenidos judicialmente.

Arts. 2194 y 2195. «Depósito del estracto del contrato en el archivo del tribunal civil; notificacion de este depósito á la muger, á los cotutores, á los menores é intervenidos, parientes ó amigos, al comisario civil de este tribunal, y su publicacion al auditorio durante dos meses.

«Poder concedido à las mugeres, maridos, tutores, cotutores, à los menores é intervenidos, parientes ó amigos, y al comisario del gobierno, para requerir y mandar que se hagan durante este tiempo, si ha lugar, inscripciones sobre el inmueble enagenado.

«Despues de tantas precauciones no se podrà menos de creer ó que

habrà inscripciones, ò que si no las hay, consistirá en que no se hayan hecho necesarias, y en que obrando como se debia, nadie habrá pretendido perjudicar gratuitamente y sin objeto à un marido ó á un tutor, que á pesar de algunas ventas, no deja de prestar una solvencia bastante probable.

«El proyecto de ley actual se ha colocado en el justo medio entre la disposicion del decreto de marzo de 1673, que esceptuando simplemente de sus disposiciones las hipotecas legales, dejaba un inmenso vacío en la formacion del régimen hipotecario, y el decreto de 1771, que establecia con demasiada ligereza la caducidad de estas hipotecas por la sola causa de la falta de oposiciones á las letras de ratificacion, pues que muchas veces no se podia imputar à aquellos en cuyo favor se habian hecho estas hipotecas.

"Asi desaparecen todas las objeciones hechas antiguamente en uno y otro sentido de estas dos leyes; y su ecsámen seria inútil, porque la cuestion no es ya la misma.

Art. 2121. "En cuanto à la tercera especie de hipotecas legales, que son las de la nacion, de los ayuntamientos y establecimientos públicos, en los bienes de los recaudadores y administradores responsables, ¿quiérese tomar desde luego en consideracion el interés de los responsables?

"Si la seguridad que dan consiste en depósito ó afianzamiento pecuniario, sus bienes raices, si los tienen, quedaràn libres, y el privilegio solo tendrá lugar en el depósito ó afianzamiento.

"Cuando la seguridad consista en bienes raices, podrà determinarse á algunos de ellos, caso que basten, y los otros quedarán igualmente libres.

"Si quedan hipotecados todos sus bienes raices, parece justo que no pueda alterar en adelante con nuevas hipotecas ó ventas la seguridad ò garantía que dió para responder de su administracion.

"Por lo que hace á los terceros, bien sean acreedores ó compradores, podrán obrar con pleno conocimiento de causa, pues que esta especie de hipoteca legal por una innovacion hecha á todas las leyes anteriores quedan sujetas á la publicidad por medio de la inscripcion; pensamiento grande y liberal, verdaderamente digno de un gobierno protector, fuerte con su propia prevision, y seguro del celo de los funcionarios que llama á la conservacion de los intereses nacionales.

«Despues de la manifestacion y esplicaciones que acabo de hacer tomando ocasion del capítulo tercero del proyecto de ley, es por demas que yo os ocupe sobre el capítulo once, pues que todas sus disposiciones se hallan refundidas en aquel; os ocuparé pues principalmente con las consecuencias de la hipoteca relativamente à los terceros que adquieran las fincas gravadas: las reglas concernientes á este punto se hallan en los capítulos seis y ocho.

Art. 2167. «El nuevo propietario, bien lo sea por título oneroso, bien por gratuito, ò quiere que las fincas continúen con el mismo gravàmen á que estaban afectas, ó prefiere purgar las hipotecas, es decir, separarlas de la finca y convertirlas en acciones sobre el precio de ella.

Artículos 2168 y 2169. «En el primer caso, los acreedores conservan en toda su plenitud el derecho que tenian de persegnir la finca

hipotecada à la seguridad de su crédito. El nuevo propietario de la finca puede ser precisado al pago de todos los créditos, aunque gozará de todos los plazos concedidos por el acreedor al deudor originario, ó tiene que abandonar la finca hipotecada. Para cuando ocurra este caso de abandono, la ley establece las formas ó trámites que deben seguirse hasta llegar á la venta.

Artículos 2181 y 2182. «En el segundo caso, el nuevo propietario debe comenzar por hacer trascribir el instrumento traslativo de la propiedad. Pero hoy dia no es necesaria la trascripcion para que el vendedor trasmita al comprador sus derechos respecto de terceros, como se habia establecido en el artículo 26 de la ley de 11 de brumario del año 7. La trascripcion en nada aumenta la fuerza del contrato, cuya validéz y efectos están subordinados à las leyes generales, relativas á las convenciones y á la venta; de modo que no es ya necesaria para detener el curso de las inscripciones, que antes podian hacerse siempre en la finca vendida, aun despues de la venta.

|| La última frase que comienza por estas palabras, *de modo que no es ya necesaria etc.*, ha sido sustituida al periodo siguiente que se encuentra en la relacion ó informe impreso en la imprenta de Baudouín: *La trascripcion no puede surtir otro efecto que detener el curso de las inscripciones, las cuales en otro caso podrian hacerse siempre por hipotecas constituidas en la finca vendida, y el de reducir las hipotecas con que debe estar gravada, á las anteriores al instrumento traslativo de la propiedad y que hubiesen sido inscritas, ó de las que se hubiese tomado razon hasta la trascripcion*; pero este cambio fué una errata de impresion. ||

Artículos 2186 y 2187. «Pero la finca no queda libre por la sola trascripcion, sino que es ademas necesario, ó que los acreedores nos pidan que sea sacada á subasta despues de ser notificados para que la provoquen, ó que en el caso de subastarse, se haga la adjudicacion de ella con las formalidades de la espropriacion forzada.

«Era imposible presentar, respecto de los nuevos propietarios, un medio mas sencillo para conseguir que la finca quedase libre de las hipotecas, y éste era uno de los principales objetos que debia proponerse la ley.

Art. 2184. Finalmente, la ley no ha podido menos de querer que en los dos casos que acabo de enunciar, á saber: cuando el nuevo propietario queda en paz por no pedir los acreedores la subasta, ó cuando despues de esta se hace la adjudicacion, reciban los acreedores de cuyas hipotecas se haya tomado razon, tanto los capitales ecsigibles, como los que no lo son.

«Dejando ya de ecsistir sus hipotecas en la finca, no deben ser reducidos à una simple accion personal contra el nuevo propietario, y ademas, en este caso seria oneroso para el vendedor quedar personalmente responsable de la deuda á una con el nuevo propietario. Asi es que la ley solo permite á este gozar de los mismos términos y plazos concedidos al deudor originario cuando no ha llenado las formalidades prescritas para poder purgar ó dejar libre la finca, y se la niega en el caso contrario. El pago ó la consignacion del precio se mandan indefinidamente. Deben pues recibir los acreedores este precio en pago de sus

créditos, sean ó no ecsigibles, ó en caso de no ser bastante el precio, hasta donde alcance.

«Me abstendré siempre de entrar en los detalles de ejecucion, y solamente observaré que el proyecto de ley contiene algunas enmiendas respecto de la ley de 11 de brumario del año 7, en lo tocante á las notificaciones que deben hacerse á los acreedores: las enmiendas indicadas producirian una disminucion de gastos, cuya necesidad era reconocida.

«Tan lacònico puedo ser en lo tocante al modo de las inscripciones, á las solemnidades ó formas de su cancelacion y reduccion, al modo de llevar los registros, y á la responsabilidad de los conservadores, de que se habla en los capítulos 4, 5 y 10.

«Casi todas las disposiciones de la ley de 11 de brumario del año 7 han sido adoptadas con pequeñas diferencias.

Art. 2157. Sin embargo, por lo que hace á las formalidades de la cancelacion, habreis sin duda observado una mejora importante contenida en el artículo 2157, donde se dice, que las inscripciones sean canceladas prévio consentimiento de las partes interesadas, *y que tengan capacidad para darlo.*

«Cuando la muger sujeta à la potestad de su marido habia tomado inscripcion en los bienes de este, ó el mismo menor en los de su tutor, se dudaba si podrian despues desistirse de ella sin ninguna formalidad.

«Mas como por la inscripcion adquirieron ya un derecho, el desistimiento de ella seria una verdadera enagenacion, que en este como en todos los otros casos debe estarles prohibida; ó al menos no puede tener lugar el desistimiento sino en las mismas circunstancias y con las mismas solemnidades ordenadas por las leyes para la venta ó abandono de todos sus otros derechos. Estas escepciones, *y que tengan capacidad para darlo*, se aplican á este caso, como á aquel en que se tratára de desistirse de una inscripcion que viniera de los autores de la muger ó del menor.

«En lo concerniente al modo de llevarse los registros de los conservadores y á la publicidad de los mismos, habreis tambien observado una mejora en el artículo 2200, que permite á los conservadores llevar un registro en el que anotarán diariamente y por órden numérico las entregas que se les hagan de los instrumentos de mudanza de dominio para ser copiados, y las carpetas de créditos cuya inscripcion se pida.

«El objeto de este cambio es proveer á los inconvenientes que resultaban de la multitud de trascripciones é inscripciones pedidas á un mismo tiempo y que debian retardarse, puesto que no pueden hacerse sino en un solo registro. El uso de este nuevo registro del depòsito evitará á las partes interesadas engaños y dilaciones igualmente perjudiciales, fijando las fechas en que hayan sido presentadas para requerir ya las trascripciones de los instrumentos, ya las inscripciones de los créditos ó deudas.

«Finalmente, el capítulo 7.°, que esplica las reglas relativas á la estincion de los privilegios y de las hipotecas, no puede dar ocasion á observaciones particulares.

«En él habeis visto consagrados ya por el código civil los principios sobre el modo de estinguirse y prescribirse los derechos ordinarios, á los cuales no se podia menos de asemejar las hipotecas.

«Confiadamente podemos esperar, tribunos, el juicio que se haga de nuestra legislacion hipotecaria; y podemos asegurar sin que parezca demasiado atrevimiento, que en ninguna época ni en nacion alguna se ha presentado otra mas eficaz ni mas completa que la nuestra.

«Entre los pueblos antiguos, cuyo genio legislativo se vé luchar en vano para conseguir una legislacion de esta especie, suceden la generalidad y clandestinidad mas absoluta de las hipotecas, es decir, la carencia de todo sistema hipotecario, à fórmulas tan embarazosas para los individuos como perjudiciales al crédito.

«La consignacion establecida en las provincias belgas y en algunas de Francia, ha suministrado sin duda preciosos elementos. Pero una multitud de escepciones, algunas dificultades en ciertos casos, la diversidad de usos en estos paises mismos, y un inmenso vacío relativamente á las hipotecas judiciales que requerian inscripcion, al menos segun muchos de aquellos usos, no permitian que se la mirase ni con mucho como un sistema completo.

«En algunas de las de Alemania se han hecho sobre esta materia legislaciones que dejan muy atrás las antiguas costumbres, y que son notables por el grado de perfeccion que han alcanzado. Pero no se desdeñarian estas mismas provincias de distinguir honrosamente la ley actual, tanto por la sabiduría de ella como por la variedad de sus combinaciones, con las que se han vencido muchas dificultades, de cuyo triunfo habian desesperado hasta el presente los legisladores.

«Aunque la ley se detenga à veces en su camino ó afloje en su marcha, y esto solamente cuando lo ecsija la justicia, producirà todo el bien que de ella podia aguardarse. ¿Habremos de arrebatar sin piedad todo lo que se oponga á nuestros pasos, por querer ir de prisa ó por desembarazar una senda? Los derechos de la muger, del menor y de los intervenidos no debian inmolarse con ligereza ni à la comodidad del deudor, ni á la imprudencia de sus nuevos acreedores, ni en suma à las especulaciones de un comprador que hubiese deseado una seguridad pronta; antes por el contrario todo debia pesarse con discrecion.

«Ha habido un momento, tribunos, en que el pueblo francés aun se veia en la necesidad de aguardar una legislacion tan deseada como útil, y de cuyos obstáculos ha triunfado la asiduidad y diligencia de trabajos sostenidos por un celo ardiente por todo lo que interesa á la felicidad y á la gloria de la nacion. Todas las disposiciones convencionales estan organizadas y van á recibir el sello del régimen hipotecario, que es á todos los contratos lo que el fin á los medios. El código civil se acaba, y el orador del consejo de Estado ha presentado el proyecto de ley actual con el relativo á la *espropriacion*, que depende del primero, como el complemento de este código.

«Sin duda nos será permitido felicitarnos por haber cooperado á levantar este monumento. Vosotros conoceis los efectos que ha producido, á pesar de su imperfeccion, la coleccion hecha bajo las órdenes de Justiniano, la cual es á los ojos del observador la fuente de la civi-

lizacion de Europa, y à cuyo conocimiento y à la propagacion de las mácsimas y reglas en ella esparcidas debe el hombre el haber recobrado su dignidad. Con el ausilio de la ciencia del derecho romano disiparon nuestros padres las tinieblas de la barbarie, y comprimieron, en cuanto era posible, el vuelo del inicuo y absurdo sistema feudal.

«¡Cuàntas dichosas esperanzas no podemos fundar en un código que da fuerza de ley à lo que poco ha se consideraba entre nosotros únicamente como principio, y en que el órden y el método que caracterizan particularmente á nuestro siglo estan en armonía con la profundidad de los pensamientos y la sabiduría de las decisiones?

«No lo dudemos; si alguna vez en las revoluciones de los siglos, fuesen atacadas las ideas liberales, este código seria uno de los mas poderosos muros que podrian oponerse á tales planes, vergonzosos y destructores.

«Indicar las felices influencias del código civil, es tributar el homenage mas puro y digno al genio que ha aprocsimado con su infatigable celo el tiempo en que debiamos gozar de esta grande obra, y cuyas concepciones, que abrazan todo lo que es grande y útil, han contribuido á completarla.

«Vuestra seccion de legislacion os propone por mi órgano la adopcion del proyecto de ley sobre *los privilegios é hipotecas.*»

TITULO LVI.

De los cuasi-contratos.

3944 Despues de haber tratado de las obligaciones que nacen del contrato, vamos á hacerlo de las que traen su orígen de los cuasi-contratos; y aunque Febrero no tiene un título especial de ellos, nos ha parecido conveniente ponerlo para mayor claridad y mejor inteligencia de esta materia.

SECCION I.

Definicion y clases del cuasi-contrato.

3945 Llámanse *cuasi-contratos* los hechos lícitos de que resulta una obligacion, recíproca á veces, y á veces respecto de un tercero.

3946 Las clases de cuasi-contratos son cinco, á saber:

1.° Administracion de bienes agenos sin mandato de su dueño.

2.° Paga de lo indebido.

3.° Administracion de tutela y curaduría.

4.° Comunion de bienes, que no proviene del contrato de compañía.

5.° Adicion ó admision de la herencia.

3947 Los dos primeros proceden precisamente de un hecho del que se obliga; los demas estan fundados en la ley.

SECCION II.

De la administracion de los bienes agenos sin mandato de su dueño.

3948 Cuando por ausencia de alguna persona del pueblo de su domicilio sin haber encargado á nadie la direccion ó gobierno de sus casas ni heredades algun pariente ó amigo, ó que cree serlo, toma á su cargo el cuidado de sus bienes abandonados, si espende algunas cantidades en beneficio del dueño, debe éste abonárselas como si lo hubiese hecho por su mandato, al mismo tiempo que deberá entregarle todos los frutos ò rentas que hubiese percibido, dándole de todo las debidas cuentas. (Ley 26, tit. 12, Part. 5.)

3949 Si el tutor ó curador de algun huérfano tuviere á su cargo el cuidado ó recaudacion de las cosas de este y fuese negligente ó se ausentase sin dejarlas encomendadas á otro; y en tal caso algun ami-

go ó pariente á fin de preservarlas del daño procurase gobernarlas, y espendiese en su recaudacion á beneficio de su dueño, será éste ó su tutor ó curador obligado á reintegrarle de todo, dándoles la cuenta, y restituyendo los frutos. (Ley 27, tít. 12, Part. 5.)

3950 El administrador de cosas agenas debe conducirse con esmero y buena fé en los negocios ó manejo de las cosas agenas, no comprando ni haciendo mas que lo que hubiere acostumbrado á comprar ó hacer el dueño: pues de lo contrario será responsable de todos los perjuicios que aun por accidente ó casualidad se le hubieren originado. (Ley 33, tit. 12, Part. 5.)

3951 Queriendo algun pariente ó amigo cuidar de las cosas de un ausente con el mayor esmero, si otra persona se hiciere cargo de ello, ha de conducirse ésta como el primero queria hacerlo, y de lo contrario debe abonar al dueño todos los daños que hubieren dimanado de su culpa, negligencia ó engaño. (Ley 34, tit. 12, Part. 5.)

3952 Hay diferencia entre las espensas hechas en cosas agenas sin mandato de sus dueños, y entre las que se hacen en las de algun pupilo ó menor de catorce años. Si las espensas son necesarias ó beneficiosas cuando se hacen y aun despues, siempre debe cobrarlas quien las hizo: mas si las espensas parecieren útiles al principio, y en adelante resultare no serlo, no estará obligado el huérfano à su satisfaccion, sino solo su tutor, como lo estará cualquiera otro hombre. (Ley 28, tit. 12, Part. 51.)

3953 Cuando alguna persona toma á su cargo el cuidado de las cosas agenas abandonadas, no por beneficio de su dueño, sino por codicia y sacar de ello algun lucro torpe, debe perder las espensas que haga en ellas, si no se advierte que hiciere alguna mejora de donde puedan sacarse.

3954 Mas si hizo tantas ganancias en el manejo de dichas cosas, que quede al dueño parte de ellas fuera de sacar las espensas, bien podrá retenerlas, y si causase algun daño ó menoscabo en las cosas, tendrá que satisfacerlo enteramente; lo cual procede aunque solo aconteciese por su culpa.

3955 Si alguno se mezcla únicamente en las cosas agenas por verlas tan desamparadas que nadie hace caso ni piensa en ellas, y por evitar perjuicios à su dueño, no quedará obligado el administrador por el que se le siguiese por su culpa, mientras no se le pruebe haber provenido de fraude suyo. (Leyes 29 y 30, tit. 12, Part. 5.)

3956 Las personas que por compasion recogen en sus casas algunos huérfanos desamparados, suministrándoles lo necesario, y espendiendo de lo suyo en el cuidado y manejo de sus cosas, mientras que los tienen en su compañía, no pueden cobrar de ellos dichas espensas, por entenderse que las hicieron movidos de caridad, aunque los huérfanos deberán venerar y honrar á sus bienhechores durante su vida en cuanto les sea posible. (Ley 35, tit. 12, Part. 5.)

3957 Las espensas hechas en criar una muger con quien se quiere casar el que las hiciere, dado que el matrimonio no se verifique porque ella ó su padre lo resistan, deberàn ser pagadas por el que impida el matrimonio. (Ley 35, tit. 14, Part. 5.)

|| Nos parecen dignas de consideracion las escepciones que se ha-

cen á esta ley por los intérpretes en los casos de desigualdad de edad y enfermedad, porque seria ciertamente cruel que se precisase en ellos à contraer matrimonio. ||

3958 La madre ó abuela tutora de sus hijos ò nietos por muerte de su padre, y curadora de sus bienes, que les diere la comida, vestido y demas necesario, puede cobrar de ellos estas espensas: pero siendo los hijos ò nietos pobres que no tengan de que reintegrarlas, deberá hacérselas por natural respeto, y no con el fin de cobrarlo. (Ley 36, tit. 12, Part. 5.)

3959 Pero si los hijos ó nietos fuesen ricos, y sus bienes no estuviesen en poder de la madre ó abuela, pueden estas haber de ellos lo espendido en suministrarles lo necesario, intimando su voluntad de cobrarlo; mas sin este requisito no podràn reintegrarse de tales espensas. (Dicha ley 36.)

3960 El padrastro que tuviese al entenado en su casa dándole de comer y demas necesario, ha de cobrar de sus bienes tales espensas, intimando que las hacia con este ánimo; pero si se sirve de él, no debe haberlas, por cuanto el servicio se descuenta con ellas, y solo podrá reintegrarse en las que hiciere en la recaudacion y beneficio de sus cosas. (Ley 37, tit. 12, Part. 5.)

3961 Lo dicho del padrastro se entiende de todos los que alimenten á mozos estraños, y recaudaren sus bienes. (Dicha ley 39.)

SECCION III.

De la paga de lo indebido.

3962 Nadie está obligado por regla general à pagar lo que no debe, y si uno pagase una deuda ignorando haberla ya pagado, ò si lo hiciere ignorando que su acreedor se la remitió en su testamento, en tales casos, y otros semejantes en que se pruebe el error, debe restituirse lo pagado y no debido. (Ley 28, tit. 14, Part. 5.)

3963 Si el demandado sobre la restitucion de lo pagado indebidamente confiesa la paga como legítima y niega el error, debe probarlo el demandante, y ser reintegrado; pero si aquel negare la paga y este la prueba, aunque no acredite el error de ella, será obligado à restituir, salvo si luego quisiere justificar la legitimidad del pago. (Ley 29 de dicho tit. y Part.)

3964 No tienen obligacion de probar y la trasfieren á su contrario:

1.º Los menores de 25 años.
2.º Las mugeres.
3.º Los labradores simples.
4.º Los soldados.

Si alguno de estos demandare en juicio sobre paga indebida, y el demandado la confiesa legítima, serà este obligado á probarla y acreditar su derecho á ella para eesimirse de su restitucion.

3965 No podrán reclamar la paga indebida:

1.º El que pagó á sabiendas aquello à que no estaba obligado, à no ser que sea menor de 25 años; pero al que paga deuda dudosa, y

despues prueba no deberla, debe restituirse. (Ley 30, tit. 14, Partida 5.)

2.º Los que entregaron las mandas hechas en un testamento imperfecto, salvas las escepciones del núm. 3964. (Ley 31, tit. 14, Part. 5.)

3.º El que por razon de parentesco ú otra causa diere dote ó arras á una muger, aunque despues de casada sepa no ser cierta la razon que le movió á hacerlo. (Ley 35, tit. 14, Part. 5.)

4.º El que pagase por transaccion. (Ley 34, de dicho título y Part.)

5.º Los que dan ó reciben interviniendo causa torpe. (Ley 47 de de dicho tit. y Part.)

3966 Si en nombre de alguna persona recibe otra alguna cantidad, sea por deuda ò por otro título, aprobando la primera el percibo luego que lo sepa, tiene que darle la segunda lo que recibió, cobrando las espensas que hubiese desembolsado en ello; y si la cosa recibida se debia, queda el deudor libre de toda la deuda inmediatamente que aprueba la entrega el acreedor.

3967 Tambien queda libre el deudor de la deuda, si otro la satisface por él, aunque fuese sin su mandato; si bien tiene que abonar al pagador lo que dió por él, como si lo hubiese hecho de su òrden. (Ley 32, tit. y Part. cit.)

3968 Si prometiendo alguno dar una de dos cosas, pagare las dos en concepto errado de deberlas, puede demandar y recobrar la que quisiere de ellas si ambas ecsistiesen; pero habiendo perecido la una, podrá pedir la otra. (Ley 39, tit. 14, Part. 5.)

3969 Despues de haber espuesto lo concerniente á nuestra legislacion acerca de los cuasi-contratos que proceden de un hecho particular creemos conveniente para su mayor ilustracion copiar á la letra el discurso de un orador francés al discutirse en el proyecto del código civil el título concerniente à las obligaciones que se forman sin convencion, dice asi:

«El título que estoy encargado de ecsaminar delante de vosotros, es todavia relativo à la propiedad.

«Un orador profundo y elocuente ha manifestado en esta tribuna el orígen de ese derecho que fué una de las principales causas que reunieron á los hombres en sociedad, y la primera base de su civilizacion, pintando con el mas brillante colorido las ventajas politicas y morales, las relaciones que lo ligan á la estabilidad de los gobiernos y á la felicidad de los individuos, dando al propio tiempo un homenaje solemne al respeto que le es debido y á la proteccion en que debe estar apoyado; y su discurso, digno de la ley tan bien interpretada por él, se perpetuará como ella, y gozará de los homenajes de la posteridad.

«Doy gracias á este orador por haber dicho todo cuanto podia decirse acerca de esta materia, y por consiguiente evitádonos el trabajo de seguirle en una carrera en que tan dificil hubiera sido marchar á su lado.

«Legisladores: nada pues me queda que hacer sino presentaros algunas aplicaciones sobre los grandes principios, cuyos descubrimientos ya habeis oido. Ya que no pueda ofreceros sino una discusion fria y

didáctica, por hallarme circunscrito en los estrechos límites de una ley, que no es sino una débil rama de estos grandes principios, procuraré á lo menos hacerla clara y metódica.

«Despues de haber desenvuelto en el segundo libro las diferentes modificaciones de la propiedad, manifiesta el código en el tercero las diversas maneras con que se adquiere.

«Entre estas maneras, la mas general y variada merecia ocupar el primer lugar, y bajo este justo título se le ha asignado á aquella que toma su orígen en las obligaciones convencionales. Pero hay otro modo de adquirir la propiedad, derivado de las obligaciones que se forman sin convencion, el cual se coloca naturalmente despues de las obligaciones convencionales, y forma el asunto del proyecto de ley que vengo à discutir.

«El vínculo de las convenciones está en la fe de los contrayentes; es un sentimiento innato de justicia, anterior á todas las leyes positivas, que ha establecido este primer eslabon de la cadena de las obligaciones. Este vínculo se halla en el corazon de todos los hombres no pervertidos por el vicio, y la ley civil no es otra cosa que la garantía de lo que ordena la conciencia.

«Pero en donde no hay convencion, no puede haber fe. Sin embargo, como puede haber obligaciones formadas sin convencion, es preciso buscar la causa estraña porque ecsisten, ya para conocer su naturaleza, ya para determinar su estension.

«Los romanos que hicieron del derecho privado una ciencia vasta y profunda, fueron conducidos á esta distincion por los razonamientos que se encuentran en sus leyes.

«La justicia, dijeron, confiesa y reconoce obligaciones que difieren esencialmente de aquellas que son mas comunes. Se forman sin convencion: no pertenecen pues á la clase de los contratos. Dimanan de un hecho lícito. Luego no pueden ser colocadas entre los delitos. Estas obligaciones revestidas de un carácter particular, deben pues llevar un nombre peculiar. Llamáronlas *cuasi-contratos* y distinguieron en ellas cinco especies: la administracion de los negocios de otro sin órden ni mandato: la obligacion que produce la tutela entre el tutor y el pupilo; las que nacen entre dos personas que tienen bienes en comun sin sociedad; aquellas que el heredero esté obligado à guardar con los legatarios: y en fin las que engendra el ingreso ó pago de una cosa que no se debe.

«Profesando el mas profundo respeto por estos antiguos legisladores del mundo, debo decir que su doctrina acerca de este punto distaba mucho de llegar à la perfeccion y claridad à que la han conducido los autores del proyecto en el analisis de esta clase de obligaciones, pues ni las abrazaba todas, ni penetraba las causas respectivas que podian servir para distinguirlas entre sí.

«Entre las obligaciones que se forman sin convencion deben en efecto comprenderse la obligacion de reparar el daño causado por los delitos ó cuasi-delitos; la que se impone al poseedor de restituir la cosa al propietario; las obligaciones respectivas que nacen de la vecindad de dos propietarios; las que impone el vínculo del matrimonio ó el de familia, y otras muchas que por su naturaleza se re-

fieren á esta clase de obligaciones, y que sin embargo no se hallan colocadas en el libro de las Instituciones.

«La segunda imperfeccion consistia en no haber sabido distinguir entre la diversidad de causas, otros caractéres distintos de esas mismas obligaciones.

«Es fácil notar, por ejemplo, que la obligacion que se forma entre el tutor y el pupilo, el heredero y el legatario, no tiene la misma causa que aquella que nace entre el administrador y el propietario del objeto administrado, y el que ha pagado y aquel que ha recibido una cosa que no se le debia.

«Las primeras toman su orígen en la sola autoridad de la ley, y las personas que consideran, se hallan sujetas à ellas independientemente de su voluntad.

«Las segundas tienen por causa inmediata un hecho involuntario, ya de parte de uno, ya de ambos interesados.

«El proyecto de ley ha dilucidado perfectamente estas diferencias, esponiéndolas con claridad y sencillez.

«Ciertas obligaciones, dice el artículo 1.º, se forman sin que intervengan ninguna convencion ni de parte del que se obliga, ni de la del que es obligado.

«Esta definicion presenta el carácter distintivo de las obligaciones convencionales con aquellas que forman el asunto de este título, y comprende ademas todas las obligaciones de este último género, cualquiera que sea su causa. Pero de la diferencia de estas mismas causas resultan al fin del citado artículo las divisiones siguientes:

«Entre las obligaciones formadas sin convencion, las unas resultan de la sola autoridad de la ley, y las otras nacen de un hecho personal, al cual se halla obligado.

«Las de la última especie se derivan de los cuasi-contratos, delitos, ó cuasi-delitos.

«En este cuadro tan sencillo coloca el proyecto de ley las disposiciones de que su asunto es susceptible.

«La autoridad de la ley no puede ser contrariada por aquellos à quienes impone preceptos; tambien se hallan sujetos aun contra su voluntad á las obligaciones que ella forma por su sola influencia.

«El proyecto no especifica detalladamente esta clase de obligaciones; las disposiciones que las arreglan se hallan esparcidas en los diversos títulos del Código civil, de modo que en el *del matrimonio* se encuentran los deberes respectivos de los esposos, en el *de tutela* las obligaciones recíprocas del tutor y menor; en el de *las servidumbres* las impuestas á los propietarios de dos fundos vecinos; en el de *testamentos* las de los herederos con los legatarios, y finalmente en el *de propiedad* las del poseedor con el propietario reivindicante.

«Seria inútil repetir en este lugar esas disposiciones y otras semejantes que producen obligaciones sin convencion: basta indicar con algunos ejemplos las señales por medio de las cuales pueden ser reconocidas y el lugar que deben ocupar bajo este título.

«Las obligaciones sin convencion que son producto de un hecho personal al cual se halla uno obligado, ecsigian mayor claridad; y

en el proyecto han recibido cuanta era necesaria para ilustrar á los ciudadanos y dirigir á los jueces en la aplicacion de la ley.

«Los hechos personales son lícitos ó ilícitos: los primeros forman los cuasi-contratos, y los segundos los delitos ó cuasi-delitos.

«Esta analisis no admite en la clase de cuasi-contratos propiamente dichos sino dos especies de obligaciones: la que resulta de la administracion de los negocios de otro, y la que se origina por el pago de una cosa que no se debe.

«El cuasi-contrato que resulta de la administracion de los negocios de otro, tiene lugar cuando uno toma á su cargo voluntariamente el administrar los bienes de un tercero sin el mandato de este.

«Esta administracion pertenece á los actos de beneficencia, y de este puro manantial es de donde se deben sacar las reglas propias para conciliar los intereses del administrador y los del propietario.

«La administracion de los negocios de otro es gratuita por su naturaleza, aun cuando procede de un mandato espreso del propietario; con mayor razon debe pues serlo cuando nace de un movimiento espontáneo por parte del administrador.

«Esta administracion voluntaria halla su lugar y utilidad en el caso en que el propietario, ausente ó impedido por cualquiera otra causa, no pueda hacerla por sí mismo.

«Una vez emprendida, debe ser llevada á cabo, no solamente por lo que hace al objeto principal de la administracion, sino tambien en cuanto á todas sus consecuencias.

«La ley no podia permitir que aquel que por un movimiento de generosidad hubiese tomado à su cargo un negocio cualquiera le abandonase á la mitad de su carrera. Un beneficio no merece este nombre sino despues de concluido: y podria suceder que esta empresa inconsiderada hubiera separado de este mismo proyecto à otro, que no menos generoso que el primero, pero mas constante, hubiera concluido el negocio comenzado.

«La primera obligacion que contrae el que se mezcla voluntariamente en una administracion, es continuarla hasta que el propietario se halle en estado de proveer por sí mismo. Todos los actos necesarios para la conclusion del negocio son otras tantas obligaciones impuestas al administrador, del mismo modo que si lo hubieran sido por un mandato espreso y anterior. Estas obligaciones son independientes del conocimiento ò ignorancia del propietario. El administrador debe administrar y concluir lo que ha empezado.

«Los mismos motivos han dictado la disposicion siguiente, que obliga al administrador á continuar en su administracion, aun cuando el propietario muera antes de concluido el negocio, hasta que el heredero haya podido tomar posesion de ella.

«El proyecto de ley obliga al administrador no solamente á concluir su administracion, sino tambien á tener con ella todos los cuidados de *un buen padre de familia*.

«Esta palabra consagrada por las primeras leyes de los romanos, recuerda la sencillez de costumbres de aquellos tiempos antiguos: espresa ideas de bondad y de perfeccion, y presenta el cuidado,

la prevision, la actividad, la prudencia y la constancia, como otros tantos deberes impuestos al que se encarga de administrar los negocios de otro.

«Sin embargo, los sentimientos de afeccion ó de humanidad que solamente podian inspirar esta empresa delicada, merecen tambien alguna indulgencia, y con razon se ha debido temer que un esceso de severidad no ahogase el gérmen de ellos en los corazones benéficos. Esta juiciosa circunstancia ha hecho confiar al juez el poder de moderar, conforme à las circunstancias, los daños é intereses que resultasen de las faltas ó descuido del administrador.

«Despues de haber arreglado de esta manera las obligaciones del administrador, justo era proveer á su seguridad, pues no habia razon alguna para que por premio de su esacto cumplimiento quedase espuesto á los caprichos ó injusticia del propietario, que negando las utilidades de su administracion, intentáse por este medio sustraerse à la obligacion de abonarle los gastos de ella. El propietario, siempre que la cosa hubiere sido bien administrada, estará obligado á reembolsar al administrador todos los gastos útiles ó necesarios que hubiere hecho, asi como tambien á cumplir las obligaciones contraidas en su nombre, indemnizando al administrador de todas aquellas à que se hubiera sometido personalmente.

«Tales son los principios que constituyen y rigen este primer cuasi-contrato.

«El segundo, llamado la repeticion de la cosa que no se debe, tiene lugar cuando alguno ha pagado por error á una persona de buena ó mala fé lo que no le debia.

«Estos dos cuasi-contratos concuerdan en este punto génerico, que ambos provienen de un hecho voluntario y lícito de los cuasi-contrayentes: pero se diferencian en los demas puntos.

«La administracion de los negocios de otro tiene por motivo un obsequio generoso: un error es la causa del pago de la cosa que no se debe.

«El beneficio y el reconocimiento forman, en el primero, el vínculo de la doble obligacion, á la cual están sujetos el administrador y el propietario: en el segundo solamente el que recibió está obligado con el que pagò: y esta obligacion toma su origen de la equidad, que no permite que por un error se cause en las cosas del uno una pérdida funesta y en las del otro una ganancia injusta.

«Determinar el caso en que la repeticion debe tener lugar y aquellos en que debe cesar, é indicar las obligaciones que han de acompañar ò suplir á la restitucion, es el objeto que puede proponerse una ley sobre la repeticion de la cosa que no se debe; y esto es lo que el proyecto ha conseguido perfectamente.

«Hemos dicho que este cuasi-contrato se forma cuando alguno paga por equivocacion una cosa que no debia.

«Esta definicion es completa, y abraza todos los casos en que puede tener lugar la repeticion. Sin embargo, la causa de éste se modifica de dos maneras, y sería util esplicarlas separadamente, para colocar una escepcion que se aplica á la una, pero que no puede adaptarse á la otra.

«Una persona puede recibir lo que no se le debe, y puede recibir tambien lo que realmente le están debiendo, pero de otra mano que de la de su deudor; y en ambos casos la repeticion pertenece al que ha pagado por error: en el primero, porque no debiéndosele la cosa al que la recibió, debe restituirla á la persona que se la entregó equivocadamente; y en el segundo, porque un acreedor aunque sea legítimo no puede apropiarse la suma que le ha sido pagada inconsideradamente por quien de ninguna manera se la debia.

«La escepcion de que hemos hablado no se aplica sino al segundo caso, y tiene lugar cuando el verdadero acreedor ha recogido su título á consecuencia del pago que recibió. Entonces el que ha pagado, aunque nada debiese realmente, debe ser privado de la repeticion, y contentarse con un recurso contra el verdadero deudor, por haber puesto con su imprudencia al acreedor en estado de no poder justificar su crédito.

«La doble manera con que se forma esta obligacion y la particular escepcion de la segunda, se hallan claramente espresadas en los articulos 7 y 8 del citado proyecto.

«El error de parte del que paga solo puede autorizar la repeticion de la cosa, pues debe haber creido falsamente, ó que se la debia al pretendido acreedor, que en realidad no tenia ningun derecho á ella, ò que la debia personalmente, mientras que en verdad era otro el que la debia.

«Sin esta falsa opinion seria reputado en el primer caso por haber querido dar lo que él sabia muy bien que no se debia, y en el segundo haber querido pagar una deuda legítima en descargo del verdadero deudor, cerrándole justamente toda via de repeticion.

«No sucede lo mismo con el que ha recibido: que conozca ò ignore la verdad, y que sepa ò no que la cosa no se le debia, debe siempre empezar por restituirla; pero las obligaciones secundarias que acompañan á esta primera deben variar segun la naturaleza de la cosa, y la buena ò mala fe del que la recibió.

«Si hubiese recibido dinero, reembolsará una suma igual à la que tomò; si un cuerpo cierto, lo restituirá en su naturaleza, si ecsiste; pagarà su valor, si ha perecido, ó ha sido deteriorado por falta suya, y restituirá en fin el precio de la venta si lo vendió. Estas obligaciones indispensables proceden del principio que no permite que la propiedad de un objeto sea trasferido á un tercero sin causa legítima y acto no equívoco de la voluntad del propietario. Pero en ninguno de estos casos será obligado el tercero á restituir los frutos ó intereses, sino á contar desde el dia de la reclamacion.

«Este justo temple, adoptado por el proyecto, era el solo conveniente para reparar un error comun á los dos interesados. Pero solamente contra el que recibió de mala fé ha debido descargarse todo el rigor de la ley civil.

«Recibió una cosa que sabia no le debian, por lo menos el que se la entregó, y en lugar de manifestarle su error, se aprovecha de él; no merece pues ninguna consideracion.

«Si aquel recibiò dinero, estarà obligado á reembolsárselo con los intereses, desde el dia del pago; y si un cuerpo cierto, estará igual-

mente obligado á restituírselo con los frutos desde la misma época.

«Si ha dejado perecer ò deteriorar la cosa, pagará, ademas de su valor, las utilidades que hubiera podido dar en manos del propietario: saldrá garante de la pérdida sucedida aun por caso fortuito: la venta que hubiere podido hacer de ella no quitará al propietario el derecho de reivindicarla, y sobre él solo recaerá el duro peso de los daños é intereses debidos al despojado propietario.

«Tales son las disposiciones rigurosas, pero justas, del proyecto, contra aquellos que reciben de mala fé una cosa que no se les debe.

«La obligacion que nace del pago de una cosa que no se debe no obliga por su naturaleza sino al que la recibe. Sin embargo los gastos útiles que tienen por objeto la conservacion de la cosa, estarán siempre á cargo del propietario, que debe reembolsarlos aun al poseedor de mala fé: esta obligacion accidental impuesta al propietario por el artículo 12, completa de esta manera la legislacion relativa á este cuasi-contrato.»

SECCION IV.

De la administracion de la tutela y curaduría.

3970 En el libro I, título IX, hemos tratado de todo lo concerniente à esta materia: y cuanto allí dijimos de las mútuas obligaciones de los tutores y curadores con respecto á los pupilos y menores, y de estos á aquellos, tiene lugar en la presente seccion, en la cual es suficiente decir, que la tutela y curaduría se consideran como cuasi-contratos, en razon á que las obligaciones que producen no son obra de un contrato entre el tutor y el menor, sino solo dimanan de una necesidad legal fundada en la presunta voluntad de los que se obligan.

3971 Por la administracion de la tutela ó curaduría estan el tutor ò curador obligados à dar cuentas del caudal que han manejado; y el pupilo ò menor á abonar los gastos invertidos en su utilidad.

SECCION V.

De la comunion de bienes que no provienen del contrato de compañía.

3972 Tambien se enumera entre los cuasi-contratos la comunion de bienes que proviene, no de la sociedad, sino de otra causa, por la cual dos ò mas han adquirido una misma cosa, por herencia ò por manda.

3973 Aunque este cuasi-contrato no procede tampoco de un hecho de las personas que se obligan, produce sin embargo obligaciones recíprocas, en virtud de las cuales cualquiera de los comuneros tiene que consentir en que se parta la cosa comun si el otro lo pide, quedando á este el derecho de demandar al asociado que se niega à ello. (Ley 2, tit. 15, Part. 6.)

3974 Si uno de los consocios administra la cosa comun, tiene obligacion de dar cuentas de los bienes comunes que ha administrado.

SECCION VI.

De la adicion de la herencia.

3975 El último de los cuasi-contratos es la adicion de herencia, por la cual el heredero queda obligado á satisfacer las mandas que dejò el testador. (Ley 3, tit. 9, Part. 6.)

3976 Esta obligacion no puede nacer del contrato entre los legatarios y el heredero, que no pudo ecsistir y que de ningun modo debe confundirse con la obligacion que tienen los herederos de satisfacer á los acreedores que ya lo eran del difunto; pues esta no procede de cuasi-contrato, sino de verdadero contrato, que con la herencia se trasmite à los herederos y contra los herederos.

3977 Si el heredero acepta llanamente la herencia ò entra en ella, y no hace inventario en el término legal ni con la competente justificacion, debe pagar en un todo, asi las deudas como los legados que el difunto dejò; para lo cual estan obligados tácitamente sus propios bienes.

3978 Si un heredero estraño hace el inventario maliciosamente ocultando ò hurtando algo, debe restituir el duplo de lo que ocultò ò hurtò (ley 9, tit. 6, Part. 6); pero siendo legítimo, es visto por este hecho haber aceptado la herencia y quedado obligado á todo, de suerte que luego no pueda desecharla.

3979 Lo propio milita cuando sabiendo que están muy cargados de deudas los bienes de su ascendiente, los compra para sí dolosamente en cabeza de tercero. (Ley 12, tit. 6, Part. 6.)

3980 Dentro de los nueve dias siguientes al de la muerte del testador y durante la formacion del inventario de sus bienes, no pueden sus acreedores prendar de propia autoridad ni emplazar á sus herederos por las deudas que dejò, pena de volver lo que han tomado por fuerza y perder su derecho; á no ser que sospechen que éstos disiparán, ocultaràn ò se irán con los bienes que dejò, en cuyo caso deben dar fianzas de no hacerlo, á satisfaccion del juez. (Ley final, tit. 13, Part. 1 y 7, tit. 6, Part. 6.)

3981 Tampoco los legatarios pueden pedir sus legados en el término referido, ni el heredero tiene obligacion de satisfacerlos hasta que estén pagadas sus deudas.

|| Todo lo perteneciente á la aceptacion de la herencia lo hemos tratado en el tit. 15 del libro 2.º ||

TITULO LVII.

De las obligaciones que nacen de los delitos ó cuasi delitos.

SECCION UNICA.

3982 En el núm. 2629, al tratar de las obligaciones, de su orígen, especies y efectos, dijimos que aquellas procedian de los contratos y cuasi-contratos, delitos y cuasi delitos; y esponiendo nuestra opinion acerca de las que nacian de estos últimos, dijimos que desde luego las descartariamos de la parte civil, siguiendo en ello el método de nuestro sábio Código de las Partidas; de cuyos titulos 9, 13, 14 y 15, Part. 7, nada podemos decir ahora, por no ser lugar oportuno para tratar de los delitos y las penas en su verdadero aspecto.

La doctrina de las culpas, como fuentes de obligaciones, es hoy poco útil, y baste decir que todo el que por un hecho suyo deliberado y por omision, ó lo que es lo mismo, por delito ó culpa, causa daño á otro, está obligado é repararlo; obligacion que es tambien estensiva al caso en que por negligencia nuestra sea causado el daño por personas que dependen de nosotros ó estén bajo nuestra inspeccion. Para completar este título concluiremos insertando lo que acerca de las obligaciones que nacen de los delitos ó cuasi delitos dice un célebre orador francés ||

«El órden y division establecidos al principio de este título nos conducen á las obligaciones que resultan de los delitos ó cuasi delitos. Se forman como los cuasi contratos por un hecho voluntario del hombre, pero ilícito.

«No entra en los designios del proyecto de ley el considerar aquí los delitos bajo sus relaciones con el órden político. No se han mirado sino con referencia al interés de la persona perjudicada.

Cualquiera hecho del hombre, dice el proyecto, que causa á otro un daño, obliga al que lo ha motivado á repararlo.

«Cada uno es ademas responsable del daño que ha causado, no solamente por su hecho, sino tambien por su descuido ò imprudencia.

«Esta disposicion, que dá una garantía à la conservacion de las propiedades de todo género, está llena de saber. Cuando se ha cometido un daño por falta de alguno, si se pone en la balanza el interés del desgraciado que lo sufre con el del hombre culpable ó imprudente que lo ha causado, de repente se levanta un grito de justicia, y responde que este daño debe ser reparado por su autor.

«Esta disposicion abraza en su vasto campo todo género de daños, y

los sujeta á una reparacion uniforme, que tiene por medida el valor del perjuicio sufrido. Desde el homicidio hasta la contusion, y desde el incendio de un edificio hasta la fractura del mas mezquino mueble, todo está sometido á la misma ley, y declarado susceptible de un aprecio que indemnizará á la persona perjudicada de los perjuicios que hubiese sufrido.

«Para que el daño esté sujeto á reparacion, debe ser motivado por falta ó imprudencia de parte de alguno: si no puede ser atribuido á esta causa, será obra de la suerte, cuyos golpes debemos sufrir: pero si ha habido falta ó imprudencia, por ligera que sea su influencia sobre el daño causado, habrá lugar á la reparacion.

«La responsabilidad del propietario con relacion á los daños causados por los animales ó por la ruina de un edificio mal construido ó reparado, se refiere al principio que acabamos de enunciar.

«Igualmente se refiere á dicho principio la responsabilidad mas importante, declarada por el artículo 1384 contra el padre, madre, amos, maestros y artesanos, los cuales se hacen responsables de los daños causados por los hijos menores, criados, discípulos y aprendices.

«Los primeros se hallan revestidos de una autoridad suficiente para contener á sus subordinados en los límites del deber y respeto debido á las propiedades de otro. Si los subordinados traspasan estos límites, con razon son atribuidos sus descarríos á la relajacion de la disciplina doméstica, que se halle en manos del padre, madre, amo, maestro y artesano. Esta relajacion es una falta, y forma una causa indirecta del daño, pero suficiente para hacer recaer sobre ellos el gravámen de la reparacion.

«Esta responsabilidad es necesaria para tener fija la atencion de los superiores sobre la conducta de sus inferiores, y recordarles al propio tiempo los austeros deberes de la magistratura que ejercen: pero ecsigia en ciertas circunstancias temperamentos que no se escaparon á la sagacidad de los redactores del proyecto.

«La vigilancia no puede ejercerse si las personas que han de ser vigiladas no se hallan á presencia de los celadores.

«De esta manera la responsabilidad del padre, y en su defecto la de la madre, no se ejerce sino con los hijos menores que habitan con ellos.

«La de los amos no tiene lugar sino por el daño causado por sus criados en los quehaceres en que los hubiere empleado.

«La de los maestros y artesanos no se ejerce sino en razon del daño ocasionado por sus discípulos y aprendices, durante el tiempo que han estado bajo su vigilancia.

«Cesa en todos la responsabilidad, si prueban que no han podido impedir el hecho que ha dado lugar á ella.

«No puede en efecto alcanzar la responsabilidad á aquellos que están esentos de toda tacha: pero este acto de justicia con ellos no redime al verdadero autor del daño: menor ó criado, discípulo ó aprendiz, queda siempre obligado á repararlo, cualquiera que sea su cualidad.

«Esta regla constante, invariable, que quiere que aquel que sufre un daño por el hecho ó falta de alguno, halle en todo caso un medio

de indemnizacion, resuelve una cuestion recordada por el orador del gobierno, y cuyo objeto era saber, si un pródigo intervenido está obligado á reparar los daños causados por sus delitos.

«El orador responde que jamás hubiera creido que semejante cuestion pudiera suscitarse en nuestros dias, y que no debe hacerse á nuestro siglo la injusticia de decidirla.

«Este orador, lleno de los principios de la justicia y del derecho positivo, ha conocido en efecto, que si la ley pone al pròdigo en la saludable imposibilidad de disipar su fortuna, ni ha podido dejarle la estraña facultad de dirigir á la propiedad del ciudadano pacífico golpes inapercibidos que este no hubiera podido preveer ni cortar, ni ha podido concederle una funesta impunidad, sustrayéndolo á la obligacion que el derecho natural impone á todo individuo de reparar el daño que ha causado.

«Que el propietario, el artista y el comerciante se entreguen pues con confianza y seguridad à sus cuidados domésticos, á sus trabajos y especulaciones; la ley vela por ellos, y cualquiera que sea el autor del daño que hubieren esperimentado, ella les señalará siempre un reparador.

«Quereis ahora, ciudadanos legisladores, reunir bajo un solo punto de vista las diversas disposiciones del proyecto? Encontrareis en él el método, la claridad, la justicia y la prevision que podais desear en una ley de este género.

«Abraza todas las obligaciones en las cuales la convencion no ha interpuesto ni su fé ni su vínculo.

«Divide estas obligaciones en dos clases. Coloca en la primera aquellas que la sola autoridad de la ley hace depender de la situacion respectiva de los ciudadanos y de las relaciones que establece entre ellos, y en las segundas las que nacen de un hecho voluntario. Desenvuelve en él las diferentes especies; y las reglas que dá, están sacadas de la naturaleza misma de los hechos que producen estas obligaciones.

«¿Se trata de la administracion de los negocios de un ausente? La ley no puede honrar mejor el sentimiento generoso del que ejerce este beneficio que anunciándole que debe completarlo. Pero al mismo tiempo recuerda á los jueces las consideraciones debidas à este precioso beneficio, y prescribe al que recoge los frutos los justos deberes del reconocimiento.

«¿Se trata del pago de una cosa que no se debe? No permitiendo la equidad que por un error se despoje à uno para enriquecer á otro, desde luego obliga el proyecto al que recibió la cosa á que al momento la restituya.

«¿Se trata por fin de daños causados? El proyecto agota todos los medios de asegurar la reparacion de ellos, y en el número de estos medios coloca una responsabilidad moral, que debe redoblar la vigilancia de los hombres encargados del sagrado depósito de la autoridad, y que evitará de esta manera muchos desórdenes que luego tendria que reparar.»

INDICE

DEL TOMO CUARTO.

PARTE CIVIL.

LIBRO II.

DE LAS COSAS.